Arbeitskampfhilfeabkommen der Arbeitgeberseite im Schnittpunkt von Wettbewerbsrecht und Arbeitsrecht

Zugleich ein Beitrag zur arbeitskampfrechtlichen Sozialpartnerparität und zum Übermaßverbot im Arbeitskampf

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von
Alexander Loos
Rechtsanwalt aus Braunschweig

1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546027_0053

Arbeitskampfhilfeabkommen der Arbeitgeberseite im Schnittpunkt von Wettbewerbsrecht und Arbeitsrecht

Zugleich ein Beitrag zur arbeitskampfrechtlichen Sozialpartnerparität und zum Übermaßverbot im Arbeitskampf

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Alexander Loos

Rechtsanwalt aus Braunschweig

Als Dissertation von dem
Fachbereich Rechtswissenschaften angenommen
am: 18. September 1979
Berichterstatter: Professor Dr. Beuthien
Mitberichterstatter: Professor Dr. Leßmann
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorwort 1

Einleitung 3
A: Streikhilfeabkommen als Sachverhalt 3
B: Die Aufgabe 6

Erster Teil: Grundlegung 11
A: Das Untersuchungsobjekt 11
1. Die empirische Grundlage 11
2. Wirkungen von Streikhilfeabkommen 14
a. Grobskizze 14
b. Wirkungen zwischen den Abkommenspartnern 15
- Lieferhilfeklauseln 16
- Kundenschutzabkommen 17
- Personalschutzklauseln 18
c. Wirkungen zwischen den Sozialpartnern 19
d. Wirkungen zwischen Anbietern und Nachfragern 20
e. Wirkungsprognose für Kampfhilfesysteme 21
B: Anwendbare Rechtssätze 23
1. Die Rechtslage im Verhältnis der Streikhilfepartner 23
2. Die Rechtslage im Verhältnis der Sozialpartner 24
3. Die Rechtslage im Verhältnis von Anbietern und Nachfragern 24
Zusammenfassung 25

Zweiter Teil: Kartellrechtliche Untersuchung 26

I Anwendung des § 1 GWB auf Streikhilfeabkommen nach allgemeinen Subsumtionsregeln 27
A: Die Kampfhilfeabkommen und ihre Vorstufen als Verträge bzw. Verbandsbeschlüsse i.S.d. § 1 GWB 27
1. Die Kampfhilfepartner als Kartellsubjekte 27
2. Streikhilfeabkommen als Verträge i.S.d. § 1 GWB 29
3. Kampfhilfeabkommen als Verträge "zu einem gemeinsamen Zweck" i.S.d. § 1 GWB 31

Seite

Ergebnis 34

B: Kampfhilfeabkommen als wettbewerbsbeschränkende Maßnahme i.S.d. § 1 GWB 35

1. Das Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung 35

2. Wettbewerbsbeschränkung durch den Abschluß von Streikhilfeabkommen 39

3. Wettbewerbsbeschränkung durch den Inhalt von Streikhilfeabkommen 41

a. Streikhilfe in der Kampfvorphase 41

b. Streikhilfe in der Kampfphase 42

aa) Im Verhältnis der Abkommenspartner untereinander 44

bb) Im Verhältnis zwischen den nicht bestreikten Unternehmen 48

c. Streikhilfe in der Kampfnachphase 50

Ergebnis 54

C: Eignung von Streikhilfeabkommen zur Beeinflussung von Märkten für Waren oder gewerbliche Leistungen (Gütermärkten) 54

a. Lieferhilfe und Kundenschutzabkommen 54

b. Personalschutzklauseln 56

Zusammenfassung 60

II Rechtspolitische Würdigung der Streikhilfeabkommen 61

1. Ergebnisse des Schrifttums 61

2. Schutzwürdigkeit des tarifpolitisch verursachten Wettbewerbs (Streikwettbewerb) 62

a. Die rechtspolitischen Gründe des Wettbewerbsschutzes 63

b. Nachteile des Streikwettbewerbs aus rechtspolitischer Sicht 65

aa. Streikwettbewerb als Verzerrung des marktwirtschaftlichen Belohnungssystems 65

bb. Streikwettbewerb als Hemmnis herausragender Marktleistung 67

Zusammenfassung 69

Seite

III Einschränkung des Kartellverbotes für Kampfhilfeabkommen 70

A: Bisherige Lösungsvorschläge 70

1. Einschränkung der tatbestandsmäßigen Reichweite des § 1 GWB 71

a. Lösungsansatz aus § 1 UWG 71

b. Das Argument vom "arbeitsrechtlichen Freiraum" im Kartellverbot 74

c. Streikhilfe als "innerbetriebliche Maßnahme" 79

2. Einschränkung des Kartellverbotes durch Rechtsgüterabwägung 80

a. Freistellungen vom Kartellverbot nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB 81

b. Einschränkung des Kartellverbotes über § 8 GWB 84

c. Einschränkung des Kartellverbotes durch Rechtfertigung 86

- Spenglers Lösungsansatz 86
- Sandrocks Lösungsansatz 88
- Rechtfertigung als vorweggenommenes Ergebnis 89

3. Normzweckorientierte Restriktion des § 1 GWB 92

a. Die Restriktionsgründe 92

b. Das Gebot der Rechtssicherheit und die Restriktion wegen des Normzweckes oder der Natur der Sache oder des Mißbrauchs eines Rechtsinstituts 94

B: Lösung durch Auslegung des § 1 GWB 96

1. Der Schutzbereich des § 1 GWB als Auslegungsziel 96

a. Unterscheidung verschieden schutzwürdigen Wettbewerbs in § 1 GWB; 98

b. Zielkonflikte im GWB als Auslegungshilfe für den Schutzbereich des § 1 GWB 105

c. Zielkonflikte als Grenzen des Wettbewerbsschutzes nach § 1 GWB 108

2. Streikwettbewerb und Schutzbereich des § 1 GWB 110

3. Abgrenzung zu anderen Lösungswegen 113

a. Lösung durch Analogie zu den §§ 3, 5, 5a, 5b, 23, 103 GWB 113

b. Lösung durch eine 'rule of reason' 113

c. Lösung durch Restriktion bzw. teleologische Reduktion 116

Seite

IV Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auf Kampfhilfeabkommen 118

1. Der Sachverhalt 118

2. Subsumtion 119

3. Rechtspolitische Bewertung 120

4. Möglichkeiten zu einschränkender Auslegung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag 121

V Streikhilfeabkommen und der kartellrechtliche Schutz der Nachfrager 123

A: Kampfhilfeabkommen und Diskriminierungsverbot (§ 26 Abs. 2 GWB) 123

B: Kampfhilfeabkommen und kartellbehördliche Gestaltungsbefugnis (§ 22 Abs. 4 und 5 GWB) 125

Dritter Teil: Arbeitsrechtliche Untersuchung 126

1. Die anwendbaren Rechtsgrundsätze des kollektiven Arbeitsrechts 126

2. Vorfragen der Subsumtion 128

I. Kampfhilfeverträge und Koalitionsparität 130

A: Inhalt des Paritätsgrundsatzes 130

1. Das Paritätsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 130

2. Das Paritätsprinzip im Schrifttum 133

3. Kritik 140

4. Eigene Herleitung 142

5. Ergebnis 148

B: Subsumtion 148

1. Subsumtion nach den Erfordernissen der Abwehrparität 148

a. Wirkungsunterschiede in der Gewöhnungs- und Routinephase 148

b. Paritätswidrige Wirkungen von Kampfhilfeabkommen 152

c. Ergebnis 159

2. Paritätsprinzip und Kampfhilfe nach dem herrschenden Paritätsverständnis 159

C: Anpassung der Streikhilfeabkommen an das Paritätsprinzip 161

Seite

II. Kampfhilfeverträge und kollektivarbeitsrechtliches Übermaßverbot 162

A: Der Ansatzpunkt für die Subsumtion 162

1. Allgemeines 162

2. Die Lehre von der Sozialadäquanz 163

- Der Begriff der Sozialadäquanz 163

- Die Verwendbarkeit der Sozialadäquanz im heutigen Arbeitskampfrecht 165

B: Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht 167

1. Das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip) des Bundesarbeitsgerichtes 167

- Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im "Spielbankbeschluß" des BAG 167

- Konkretisierungsprobleme des arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes 169

2. Konkretisierung eines Übermaßverbotes für das Arbeitskampfrecht 171

a. Das Bezugsverhältnis des arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes 171

- "Öffentlichrechtliches" und "privatrechtliches" Übermaßverbot 171

- Kritik 172

- Das arbeitsrechtliche Übermaßverbot zwischen Gemeinwohl und Tarifautonomie 174

b. Der Maßstab des Übermaßes 180

- Die freiheitsbegünstigende Tendenz des Übermaßverbotes 180

- Die "Geeignetheit" im Arbeitskampfrecht 181

- Das "mildeste Mittel" im Arbeitskampf 182

- Die "Verhältnismäßigkeit" im Arbeitskampfrecht 183

c. Ergebnis 188

3. Vereinbarkeit von Übermaßverbot und Paritätsgrundsatz 188

C: Subsumtion der Kampfhilfeabkommen unter das Übermaßverbot 190

a. Kampfhilfeleistungen als Kampfhilfemaßnahme i.S. des Übermaßverbotes 190

b. Kampfhilfeverträge und Übermaßschranken 191

c. Ergebnis 192

Seite

III. Kampfhilfeverträge und kollektivarbeitsrechtliche Friedenspflicht 192

1. Der Inhalt der Friedenspflicht 192

2. Die vertragsimmanente Friedenspflicht 193

a. Die sachliche Reichweite 193

b. Die persönliche Reichweite 193

3. Subsumtion 195

a. Kampfhilfe als Kampfmaßnahme i.S. der vertragsimmanenten Friedenspflicht 195

b. Kampfhilfeleistung und sachliche Bindungswirkung des Tarifvertrages 196

4. Die erweiterte Friedenspflicht 197

a. Allgemeines 197

b. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit tarifvertraglicher Kampfhilfeverbote 197

Zusammenfassung 198

U n t e r s u c h u n g s e r g e b n i s 199

Anhang: Muster eines Kampfhilfevertrages 201

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Die unterstrichenen Titelbestandteile wurden in Fußnoten zum abgekürzten Zitieren verwendet. Die Abkürzungen sind im Abkürzungsverzeichnis erläutert.

BARTHOLOMEYCZIK, Horst
Äquivalenzprinzip,*) Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung
AcP Bd 166, S. 30ff

BAUMBACH/HEFERMEHL
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (Ktr) 11. Aufl., München 1974
(zit: Baumb.-Heferm., WB u. WZR, ...)

BAUR, Jürgen F.
Das Tatbestandsmerkmal Wettbewerb
ZHR Bd 134 (1970) S. 97ff

BENKENDORF, G.
Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 des GWB zu verstehen.
WRP 1962, 146ff

BIEDENKOPF, Kurt H.
Grenzen der Tarifautonomie
Karlsruhe 1964

Ders.
Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung (Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel)
Heidelberg 1958

BIERLING, Ernst-Rudolf
Juristische Prinzipienlehre
Bd IV, Tübingen 1911

BORCHARDT/FIKENTSCHER
Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung
Stuttgart 1957

BROX/RÖTHERS
Arbeitskampfrecht
Stuttgart 1965

BUNDESKARTELLAMT
Zur außergesetzlichen Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen
(Arbeitsunterlage aus dem BKartA des Arbeitskreises Kartellrecht - Tagung Okt. 1966)

*) Die durch unterbrochene Unterstreichung hervorgehobenen Teile der Titel sind in Fußnoten zu abgekürzter Zitierweise verwendet worden.

CALLMANN, Rudolf	Der unlautere Wettbewerb Mannheim 1929
CLARK, John Maurice	Competition as a Dynamic Process Washington DC 1961
DÄUBLER, Wolfgang	Die unverhältnismäßige Aussperrung JuS 1972, 642
DERINGER, Arnd	vgl. MÖLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ
DIETZ, Rolf	Friedenspflicht und Arbeitskampfrecht JZ 1959, 425ff
EMMERICH; Volker	Wettbewerbsrecht, Eine Einführung München 1975
ENGISCH, Karl	Einführung i.d. juristische Denken Stuttgart/Berlin 1971
Ders.	"Die Einheit der Rechtsordnung" (Heidelberger Abhdlgn Nr. 20) Heidelberg 1935
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allg. Teil des Bürgerl. Rechts 15. Aufl., 1. Halbbd, Tübingen 1959 (zit: AT BGB S. ...)
ERDSIEK	Sympathiestreik bei ausländischem Arbeitskampf (Rubrik: Umwelt und Recht) NJW 1959, 2198f
ERDMAN, Walter u.a.	Kommentar z. BGB, Bd I, 6. Aufl., Münster 1975 (zit: Erman § ... BGB Rdz ...)
ESSER, Josef	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung Frankfurt/M. 1970
EUCKEN, Walter	Die Grundlagen der National-Ökonomie 7. Aufl., Berlin, Göttingen 1959

EVERS, Hans-Ulrich	"Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung" Hamburg 1969
FIKENTSCHER, Wolfgang	Neuere Entwicklungen der Theorie z. Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung des § 1 GWB WuW 1961, 788ff
FORSTHOFF; Ernst	Der Staat der Industriegesellschaft München 1971
FRANKFURTER KOMMENTAR	vgl. KAUFMANN/RAUTMANN
FRANZEN, Hans	vgl. MÖLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ
FREITAG, Klaus Peter	Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur Diss. Göttingen 1967 (zit: Freitag, Diss., S. ...)
GEMEINSCHAFTS-KOMMENTAR	vgl. MÖLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ
GIFT	Probleme der Friedenspflicht DB 1959, 651ff
GLEISS/HIRSCH	Martin Hirsch, Rainer Bechthold, Christian Hootz: Kommentar z. EWG-Vertrag, 3. Auflage, Heidelberg 1978
GROEBEN/BOECKH/ THIESING	Kommentar z. EWG-Vertrag 2. Aufl., Baden-Baden 1974 (zit: Groeben/Boeckh/Thiesing, Art... Anm. ...)
GIERSCH, Herbert	"Aufgaben der Strukturpolitik" in: Hamburger Jahrb. f. Wirtschafts- und Gesellschafts-Politik, 9. Jahr, Tübingen 1964 (Hrsg.: Heinz Dietrich Ortlieb)
HAMM, Walter	Mitbestimmung und Wettbewerb WuW 1976, S. 7ff

HECK, Philipp — Das Problem der Rechtsgewinnung
1912 redigierte Neuausgabe Berlin 1968

Ders. — Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
AcP 112 (1914)

Ders. — Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Berlin 1932

HENDRIKS, Birger — Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Streikhilfeabkommen
ZHR 141 (1977), S. 1ff

Ders. — Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht
Diss. Hamburg 1976
(zit: Hendriks, Diss., S. ...)

HESSE, Konrad — Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD
7. Aufl., Karlsruhe 1974

HOPPMANN, Erich — Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977

Ders. — "Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs"
in: Grundlagen d. Wettbewerbspolitik, hrsg. von Hans K. Schneider: Schriften des Vereins f. Sozialpolitik NF Bd 48, Berlin 1968

Ders. — Zum Schutzobjekt des GWB - Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse
in: "Wettbewerb als Aufgabe", hrsg. v. Mestmäcker, Bad Homburg v.d.H. 1968, S. 61ff

HORSTMANN, Wolfgang — Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellrecht
Frankfurt 1977

HÜBNER, Klaus — Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbotes
Köln 1971
(zit: Hübner, Diss., S. ...)

HUECK/NIPPERDEY — Lehrbuch des Arbeitsrechts
6. Aufl., Berlin/Frankfurt/M. 1957
(zit: Hueck/Nipperdey, Lb. Bd I, S. ...)

HUECK/NIPPERDEY/SÄCKER — Lehrbuch des Arbeitsrechts
7. Aufl., Berlin/Frankfurt/M. 1970
(zit: Hueck/Nipperdey, Lb. Bd II/2, 7. Aufl., S. ...)

HUECK/NIPPERDEY/STAHLHACKE — Kommentar zum TVG
4. Aufl., Berlin 1964
(zit: Stahlhacke, § ... TVG Rdz ...)

IMMENGA, Ulrich — Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten
Tübingen 1967

JÄGER, Carl Hellmut — Fluktuation und Rechtsordnung
WRP 1961, 142ff

JÖLICHER, Friedrich — Die Neutralität der BfA bei Arbeitskämpfen (1)
DB 1973, 720ff

KAISER Joseph-H. — Die Repräsentation organisierter Interessen
Berlin 1956

Ders. — Die Parität der Sozialpartner
Karlsruhe 1973

KANTZENBACH, Erhard — Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs
2. Aufl., Göttingen 1967

KARTTE, Wolfgang — Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik
Köln 1969

KASKEL/DERSCH — Arbeitsrecht
5. Aufl., Berlin, Göttingen 1957

KAUFMANN/RAUTMANN u.a. — Frankfurter Kommentar zum GWB
Köln ab 1958 Stand Februar 77
(zit: Frankf. Ktr. § ... GWB Rdz ...)

KESSLER, Gerhard
Die deutschen Arbeitgeberverbände
(Schrift. des Vereins für Socialpolitik) Nr. 124)
Leipzig 1907

KITTNER, Michael
Parität im Arbeitskampf?
Gewerkschaftliche Monatshefte 1973, 91ff

KNÖPFLE, Robert
Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens
Köln/Berlin 1966

KRAFT, Alfons/HÖNN, Günther
Streikhilfeabkommen im Schnittpunkt von Kartell- und Arbeitsrecht
ZHR 141 (1977), 235ff

v. KRAUSS, Rupprecht
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
Tübingen 1975

KRELLE, Wilhelm
Preistheorie
Tübingen/Zürich 1961

LANGEN, Eugen
Kommentar zum GWB
4. Aufl., Neuwied/Berlin 1967
(zit: Langen § ... GWB Rdz ...)

LANGEN/NIEDER-LEITHINGER/SCHMIDT
Kommentar zum GWB
5. Aufl., Stuttgart 1977

LARENZ, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
2. Aufl., Berlin 1969
3. Aufl., Berlin 1975

LERCHE, Peter
"Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfs"
Berlin/Zürich 1968

Ders.
Übermaß und Verfassungsrecht
Köln/Berlin 1961

LÖWISCH, Manfred
Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht
ZFA 1971, 319ff

Ders.	Probleme der Zulässigkeit von Sympathiestreik und Sympathieaussperrung RdA 1962, 314ff
Ders.	Arbeitskampf und Vertragserfüllung AcP 1974, 202ff
LUKES, Rudolf	Der Kartellvertrag München/Berlin 1959
MACHLUP, Fritz	The Economics of Seller's Competition Baltimore 1952
v. MANGOLDT/KLEIN	Das Bonner Grundgesetz Berlin/Frankfurt 1957 (zit: Mangoldt/Klein, Art. ... Anm. ...)
MATHYS, Peter	Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht Basel/Stuttgart 1969
MAUNZ/DORIG/ HERZOG/SCHOLZ	Kommentar zum GG München ab 1958, Std. Mai 1977
MAYER-MALY, Theodor	Sozialpartnerparität als Verfassungsgebot Peters-Festschrift 1967, S. 938ff
MEISSINGER, Hermann	Aufgaben und Ziele der sozialen Selbstverwaltung AuR 1955, 200
Ders.	Die Rechtsquellen der sozialen Selbstverwaltung AuR 1954, 134ff
Ders.	Reliefbild des Arbeitsrechts München/Düsseldorf 1952
MEYER, Jürgen A.E.	Von der sozialen Adäquanz zur Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahmen ZRP 1974, 253ff
MÖSCHEL, Wernhard	Das Wirtschaftsrecht der Banken Frankfurt 1972

MÖLLER, Gerhard	Fragen zum Arbeitskampfrecht nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG v. 21. Apr. 1971 in: GewMh 1972, 273ff
Ders.	Tendenzen der arbeitsrechtlichen Entwicklung unter dem Blickpunkt der Rechtsprechung des BAG Teil II DB 1964, 771ff
Ders.	Probleme der Friedenspflicht DB 1959, 515ff
MÖLLER/GRIES/ GIESSLER	Kommentar zum GWB 3. Aufl., Frankfurt/M. ab 1967, Std. Okt./1974 (zit: Müller/Giessler, § ... GWB Rdz ...)
MÖLLER-HENNEBERG/ SCHWARTZ u.a.	Gemeinschaftskommentar 3. Aufl., Köln/Berlin seit 1972 (zit: Müller-Henneberg § ... GWB Rdz ...)
NIKISCH, Arthur	Arbeitsrecht Bd I, 3. Aufl., Tübingen 1961 Bd II, 2. Aufl., Tübingen 1959 (zit: Nikisch Bd I S. ...)
NIPPERDEY, Hans Carl	Wettbewerb und Existenzvernichtung Berlin 1930
PALANDT	Kommentar zum BGB 36. Aufl., München 1977 (zit: Palandt § ... BGB Anm. ...)
RAMM, Thilo	Die Parteien des Tarifvertrages Stuttgart 1961
RASCH, Harold/WESTRICK, Klaus	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell und Monopolrecht 3. Aufl., Herne/Berlin 1966
REIMANN, Günter	"Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen gegen Abwerbung von Arbeitskräften" BB 1961, 157-58

Ders.	Kartellrecht und Sozialbereich WRP 1962, 151
RICHARDI, Reinhard	Der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. April 1971 RdA 1971, 334ff
Ders.	Neutralität der staatlichen Arbeitslosenversicherung im Arbeitskampf NJW 1975, 378
RIEGER, Harald	"Das Problem der Güterabwägung beim Kartellverbot" Diss. Frankfurt/M. 1967 (zit: Rieger, Diss., S. ...)
ROTHERS, Bernd	Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf ZFA 1972, 403ff
Ders.	Zur Rechtmäßigkeit von Sympathie-Arbeitskämpfen BB 1964, 312ff
RÖTHERS, Bernd	Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht JurAn 1970, 85
SÄCKER, Franz-Jürgen	Streikhilfeabkommen und Kartellrecht ZHR 137 (1973), 455ff
Ders.	Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampfentscheidungen des BAG vom 21. April und 26. Oktober 1971 GewMh 1972, 287ff
Ders.	Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht Düsseldorf 1972
SANDROCK, Otto	Grundbegriffe des GWB München 1968
SCHELSKY,	Systemüberwindung, Demokratisierung, Gewaltenteilung München 1973

SCHMIDT, Ingo
US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht
Berlin 1973

SCHMIDT, Karsten
Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen"
Köln 1978

SCHWERDTFEGER, Gunther
Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf
Berlin 1974

SCHÖNING, Brigitte
Ordnungspolitische Gestaltung der Arbeitsmärkte in einer Wettbewerbswirtschaft
Diss. Marburg 1965
(zit: Schöning, Diss., S. ...)

SCHOLZ, Rupert
Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem
München 1971

SEITER, Hugo
Streikrecht und Aussperrungsrecht
Tübingen 1975

SIEBERT, Wolfgang
Verwirkung und Zulässigkeit der Rechtsausübung
(aus: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72)
Marburg 1934

SÖLLNER, Alfred
Arbeitsrecht
5. Aufl., Stuttgart 1976

SPENGLER, Albrecht
Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen
Düsseldorf 1960

STAHLHACKE
vgl. HUECK/NIPPERDEY/STAHLHACKE

STAUDINGER, Johann v. u.a.
Kommentar zum BGB
11. Aufl., Bd I, Berlin 1957
Bd II/1b Berlin 1961
(zit: Staudinger § ... BGB Rdz ...)

STEINDORFF, Ernst
Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe im Arbeitsrecht
RdA 1965, 253ff

STUMPF	vgl. WIEDEMANN/STUMPF
TETZNER, Heinrich	Kartellrecht, ein Leitfaden 2. Aufl., München/Berlin 1967
ULMER, Peter	Rezension zu Otto Sandrock, Grundbegriffe des GWB ZHR 135 (1975), 557ff
WIEDEMANN/STUMPF	Kommentar zum TVG 5. Aufl., München 1977 (zit: Wiedemann/Stumpf, § ... TVG, Rdz...)
WOLFF, Hans Julius	Verwaltungsrecht Bd I, 9. Aufl., München 1974 Bd III, 2. Aufl., München/Berlin 1967 (zit: Wolff, VwR, Bd I S. ...)
ZIEMER, Wolfgang	Die systematische Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsprechung des BAG Diss. Regensburg 1975 (zit: Ziemer, Diss., S. ...)
ZIPPELIUS, Reinhold	Das Wesen des Rechts 2. Aufl., München 1969
ZÖLLNER, Wolfgang	Aussperrung*) und arbeitskampfrechtliche Parität Schriftenreihe "Der Betrieb" Düsseldorf 1974 (zit: "Aussperrung")

*) Die gestrichelt hervorgehobenen Teile von Titeln sind in Fußnoten als Abkürzung verwendet worden.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.A./a.A.	- anderer Ansicht
a.a.O.	- an angegebenem Ort
a.E.	- am Ende
ABl	- Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	- Archiv für civilistische Praxis
AFG	- Arbeitsförderungsgesetz
ANBA	- Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (1. 1953ff)
AP	- Nachschlagewerk des BAG. Arbeitsrechtliche Praxis (1954ff) vorher "Arbeitsrechtliche Praxis"
ArbkpfRili	- Arbeitskampfrichtlinien des DGB v. 5.6.74, abgedruckt bei Hernekamp, Aktuelle Dokumente 'Arbeitskampf', Berlin 1975, S. 75ff
AT	- Allgemeiner Teil
Aufl.	- Auflage / Bearbeitung
AuR	- Arbeit und Recht
AZO	- Arbeitszeitordnung
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BAGE	- Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	- Betriebs-Berater
Bd	- Band
Begrdg.	- Begründung
Beisp.	- Beispiel
Bespr.	- Besprechung
BetrVerfG	- Betriebsverfassungsgesetz
BfA	- Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	- Bundesgesetzblatt
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BkartA	- Bundeskartellamt
BMWi	- Bundesminister für Wirtschaft
BR-Drucks.	- Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	- Bundestags-Drucksache
cit.	- zitiert nach ... (fremde Quelle)

DB	- Der Betrieb
Ders./ders.	- derselbe Autor
DGB	- Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	- Dissertation
DNotZ	- Deutsche Notarzeitung
EWGV	- Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EuGH	- Europäischer Gerichtshof
f	- folgende Seite
ff	- folgende Seiten
FN	- Fußnote
FS	- Festschrift/-gabe
GRUR	- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdSW	- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd 1-12
h.M.	- herrschende Meinung
Hrsg./hrsg.	- Herausgeber/herausgegeben durch
i.e.	- 'id est' = das heißt
i.R.d.	- im Rahmen des
i.S.	- im Sinne
i.V.m.	- in Verbindung mit
JurAn	- Juristische Analysen
JuS	- Juristische Schulung
JZ	- Juristenzeitung
KWG	- Kreditwesengesetz
Lb	- Lehrbuch
LS	- Leitsatz
Lit	- Literatur
lit	- Buchstabe
m.a.W.	- mit anderen Worten
MI	- Marktinformation
MIV	- Marktinformationsverträge
MDR	- Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	- mit weiteren Nachweisen
NeutrAO	- Anordnung des Verwaltungsrates der Bundesanstalt für Arbeit über die Gewährung von Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen (Neutralitätsanordnung)
NF	- Neue Fassung/Folge

NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
OLG	- Oberlandesgericht
ordentl.	- ordentliche(r)
OWiG	- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
R	- Rückseite (eines Blattes)
RdA	- Recht der Arbeit
Rdnr	- Randnummer
Rdz	- Randzeichen
Reg	- Regierung
Reg.Entw.	- Regierungsentwurf
RGSt	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RS	- Rechtssache (bei dem EuGH)
Rspr.	- Rechtsprechung
S.	- Seite
s.o./s.u.	- siehe oben/unten
st. Rspr.	- ständige Rechtsprechung
TB	- Tätigkeitsbericht
TV	- Tarifvertrag
TVG	- Tarifvertragsgesetz
UWG	- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	- Verordnung
WB	- Wettbewerb
WB'er	- Wettbewerber
wb	- wettbewerbs- (als Präfix)
WRP	- Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	- Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	- WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
zeitl.	- zeitlich
ZFA	- Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	- zitiert als ...
ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik

Vorwort

Eine wachstumsfördernde Wirtschaftsordnung kann nur auf der Grundlage widerspruchsfreier Organisationsentscheidungen bestehen. Sie setzt u.a. eine widerspruchsfreie "Einheit der Rechtsordnung" voraus.
Diese "Einheit" unserer Rechtsordnung bildet seit jeher eines der wichtigsten Arbeitsziele der Jurisprudenz - auch wenn unter "Einheit" nicht mehr ein geschlossenes juristisches Begriffssystem, sondern die interessenbestimmte Harmonisierung von Widersprüchen verstanden wird [1]. Systembrüche, die eine solche Harmonisierung erfordern, gibt es in der Rechtsordnung überall dort, wo sie sich aus Rechtsgrundsätzen unterschiedlicher Epochen und veränderter Regelungsbereiche zusammensetzt [2]. Im Wirtschaftsrecht kommen sie insbesondere an den Nahtstellen zwischen seinen zivilrechtlichen, arbeitsrechtlichen und öffentlichrechtlichen Bestandteilen vor. Deutlich zeigt sich dies an der unterschiedlichen Regelung entgeltlicher Arbeitsleistung einerseits und gewerblicher Leistungen andererseits: sozialschutzorientiertes Arbeitsrecht und marktwirtschaftliche Grundsätze prallen aufeinander [3].

Die Streikhilfeabkommen der Arbeitgeberseite, die hier untersucht werden sollen, gehören zu den Sachverhalten, die auf dieser Grenze von Arbeits- und Wettbewerbsrecht liegen. Sie wirken zugleich auf die Beziehungen konkurrierender Unternehmen zueinander und auf das Verhältnis

---

1) Dazu Larenz Methodenlehre, 2. Auflage, S. 149 f; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz A c P 112 (1914), S. 21ff, 157ff, 171ff; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, § 7-9 (S. 167ff) ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912 (Neuauflage 1968), S. 18ff

2) Eben weil die Rechtsordnung sich nicht auf ein Axiomen-System zurückführen läßt, Zippelius, Wesen des Rechts, 1969, S. 12f

3) Schöning, Ordnungspolitische Gestaltung der Arbeitsmärkte in einer Wettbewerbswirtschaft, Diss. Marburg 1965, S. 1; Steindorff, RdA 1965, 253 (258)

der Tarifvertragsparteien im Arbeitskampf ein [4]. Streikhilfeabkommen sind deshalb sowohl nach kollektiv-arbeitsrechtlichen als auch wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Führen diese unterschiedlichen Rechtssätze zu widersprüchlichen Ergebnissen, sind sie zu harmonisieren.

Bisherige Untersuchungen haben Streikhilfeabkommen vor allem auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin begutachtet. Hier soll in gleichem Maße ihre arbeitsrechtliche Zulässigkeit geprüft werden. Dabei sind Wettbewerbsrecht und Arbeitsrecht zueinander in Beziehung zu setzen.

---

4) Ebenso Hendriks ZHR 141 (1977), S. 1f

Einleitung

A: Streikhilfeabkommen als Sachverhalt

Die fortschreitende Organisation der Arbeitsmärkte durch die Sozialpartner bringt immer neue Formen der Konfrontation und Verständigung hervor. Zu den neuerlich diskutierten Organisationsversuchen der Arbeitgeber gehören sogenannte Streikhilfe- oder Arbeitskampfhilfeabkommen. Dabei handelt es sich um Verträge, in denen sich Arbeitgeber gegenseitig verpflichten, im Falle eines Tarifkampfes dem Bestreikten durch Leistungen ihres Unternehmens und durch vorübergehendes solidarisches Verhalten zu helfen.

Die ersten Entwicklungsansätze für diese Kampfhilfeverträge lassen sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts nachweisen [1]. In neuerer Zeit hat man sich erst wieder seit Anfang der sechziger Jahre auf diese Solidarisierungsform besonnen - der erste in der Bundesrepublik Deutschland bekannt gewordene Fall stammt aus dem Jahre 1962 [2].
Nach den Streikwellen von 1967 und 1971 [3] haben sie ver-

---

1) Keßler, Die deutschen Arbeitgeberverbände, Leipzig 1907, S. 228ff mit zahlreichen Beispielen insbesondere aus dem Handwerk

2) Streikhilfebeschlüsse zweier Brauereiverbände, vgl. Tätigkeits-Bericht des BkartA 1962, S. 52f in BT-Drucks. VI/1220

3) Die "Hauptergebnisse der Arbeits- und Sozialstatistik 1973/74" hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung weisen für diese Jahre folgendes Anschwellen von Arbeitszeitverlusten durch Tarifkämpfe aus (S. 193ff):
1966 27.284 Arbeitstage
1967 389.581 "
1968 25.385 "
1969 249.204 "
1970 93.203 "
1971 4.483.740 "
So nahmen (Quelle: Säcker ZHR Bd 137, S. 460) die Spitzenverbände der deutschen chemischen Industrie diese "Verschärfung" der sozialpolitischen Auseinandersetzung in einem Rundschreiben zum Anlaß, Streikhilfeabkommen vorbeugend abzuschließen (vorbeugend für eine Streikwelle, die 1971 erwartungsgemäß eintrat, s.o.)

stärkt Beachtung gefunden [4].

Streikhilfeabkommen wirken stärker als finanzielle Solidaritätsfonds. Ihre Hilfsmaßnahmen lindern nicht nur finanzielle Einbußen, sie mildern gleichzeitig die Gefahren von Konkurrenzverstößen und von Produktionsausfall. Dies soll durch viele verschiedene Einzelmaßnahmen erfolgen, die je nach branchentypischen Bedürfnissen der Vertragspartner miteinander verbunden werden können [5].

Zu diesen Vertragspunkten gehören außer einer allgemeinen Wohlverhaltens- und Solidaritätspflicht das Verbot, Arbeitskräfte des kämpfenden Unternehmens einzustellen, der Verzicht auf Abwerbung von Stammkunden, das Unterlassen von Konkurrenzangeboten für bereits an das bekämpfte Unternehmen vergebene Aufträge. Obendrein können Lieferfristen und Kredite für kämpfende Unternehmen verlängert werden, die Übernahme von Lieferpflichten für Rechnung des Bestreikten, die Lieferung von Rohstoffen und Halbprodukten sowie die Überlassung von Transport- und Produktionsmitteln vereinbart sein. Kurz: Gegenstand dieser Hilfsvereinbarungen ist eine umfassende Unterstützung des kämpfenden Arbeitgebers mit dem Ziel, die wirtschaftlichen Nachteile, die sich für ihn aus dem Arbeitskampf ergeben, so weit wie möglich auszuschalten.

---

4) Kommentierungen finden sich erst in neueren Auflagen: Müller/Gries/Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdnr 117; Müller-Henneberg schon 2. Aufl., 1963 § 2 Rdnr 60, ausführlich aber erst in der 3. Aufl. 1972, Rdnr 113; Stellungnahme der Gewerkschaften erstmals auf dem 9. ordentl. Bundeskongreß in Berlin v. 25.6. - 1.7.1972 (Kongreßprotokolle S. 162); Lit. in zeitl. Reihenfolge: Säcker ZHR 137 (1973), S. 455ff; Hendriks, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, Diss. Hamburg 1976; Ders., ZHR 141 (1977), S. 1ff; Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 235ff

5) Zum Inhalt Vertragswerk "Hilfeleistung im Arbeitskampf" des Arbeitsringes der Arbeitgeberverbände und des Verbandes der Deutschen Chemischen Industrie aus dem Jahre 1972 (veröffentl. bei Säcker ZHR Bd 137, 455 - 459) sowie Inhaltsskizze bei Zöllner, Aussperrung, S. 45

Ihre erhoffte Wirkung zeigt sich in einer konfrontationsfreudigeren Tarifpolitik und einem stärkeren Solidaritätsbewußtsein der Arbeitgeber. Die Solidarität der Arbeitgeber im Arbeitskampf wurde bisher nachhaltig durch die gegenseitige Konkurrenz gestört. Die Bestreikten hatten Konkurrenzverstöße der nicht bestreikten Unternehmen gerade dann zu fürchten, wenn sie selbst wegen des Arbeitskampfes produktions- und handlungsunfähig waren. Um gleichwohl gegenüber den Gewerkschaften Solidarität aufzubauen, war es nötig, die Bedrohung durch Konkurrenz während des Arbeitskampfes weitestgehend auszuschließen [6]. Dieser Schutz vor Konkurrenz mußte für die Beteiligten vorhersehbar und rechtsverbindlich vereinbart werden, um schon vor Beginn des Arbeitskampfes das gegenseitige Vertrauen zu schaffen, das für Solidarität nötig ist. Indes fragt sich, inwieweit es rechtlich zulässig ist, die Solidarität der Arbeitgeberseite durch Kampfhilfeverträge abzusichern.

---

6) Säcker, a.a.O., S. 463 sieht darin ihren Hauptzweck

B: Die Aufgabe

Bisher hat sich nur eine verhältnismäßig geringe und überschaubare Zahl juristischer Untersuchungen mit Streikhilfeabkommen befaßt [1] - meistens wurden diese Abkommen nur beiläufig berücksichtigt.
Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften jedoch haben Streikhilfeabkommen mit besonderer Aufmerksamkeit erörtert, weil diese Abkommen Arbeitskämpfe vorbereiten und die Durchsetzungsaussichten einer Seite erhöhen.
Noch bevor diese Abkommen erstmals in Arbeitskämpfen zum Tragen kommen konnten, versuchten die beteiligten Koalitionen, sich vorsorglich für bzw. gegen diese Hilfsverträge abzusichern. So bemühten sich die interessierten Arbeitgeberverbände hinsichtlich eines Bestandteils der Streikhilfeabkommen, nämlich der Abwerbungsverbote für kampfbeteiligte Arbeitnehmer, vorsorglich um ein kartellrechtliches Negativattest des Bundeswirtschaftsministeriums [2].
Mit einem entsprechenden Gegenanliegen versuchte die IG-Chemie, Papier, Keramik 1971 das Bundeswirtschaftsministerium zu einem vorsorglichen Einschreiten gegen Streikhilfeabkommen zu veranlassen [3]. Entsprechend heftig wurden

---

1) Bisher nur Hendriks, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, Diss. Hamburg 1976; ders. ZHR 141 (1977), S. 1ff; Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 235ff; Rieger, Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbotes, Diss. Frankfurt/M. 1967 S. 181ff; Säcker, Streikhilfeabkommen und Kartellrecht, ZHR 137 (1973), S. 455ff; in Kommentierungen: Müller/Giessler, 3. Aufl. § 1 GWB Rdnr 117; Müller/Henneberg, 3. Aufl. Rdnr 113 zu § 1 GWB; am Rande abgehandelt bei: K. Hübner, Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbotes, Köln 1971, S. 11, 66f; G. Reimann, Sozialbereich und Kartellrecht WRP 1962, S. 151ff; W. Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, S. 45f; nur zum Abwerbungsverbot bezüglich kampfbeteiligter Arbeitnehmer: Fikentscher WuW 1955, 255; Jaeger WRP 1961, 142f; Stellungnahmen des BkartA im Tätigkeits-Bericht 1962 (BT-Drucks. IV/1200), S. 52f; "Arbeitsunterlage" Okt. 1966, S. 32

2) Antwortschreiben des BMWi v. 21.7.1956 veröffentl. WuW BMWi Nr. 41 = WuW 1957, 135

3) Vgl. das bei Säcker, ZHR Bd 137, S. 461 auszugsweise wiedergegebene Schreiben des BMWi v. 1.6.71 an den Vorsitzenden der IG-Chemie

Streikhilfeabkommen. Auf dem 9. ordentlichen Bundeskongreß des DGB 1972 in Berlin wurden Streikhilfeabkommen als unzulässige Kampfmittel bezeichnet [4].

Arbeitskämpfe haben bislang in der Bundesrepublik Deutschland nur eine verhältnismäßig geringe Rolle gespielt. Dies wird wegen der vorbeugenden Verständigung von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften voraussichtlich auch in naher Zukunft so bleiben. Gleichwohl sind Streikhilfeabkommen als Kampfmittel von erheblicher Bedeutung. Zwar kommen sie nur im akuten Arbeitskampf zum Einsatz, doch sind sie ebenso wie alle anderen Arbeitskampfmaßnahmen, auch in Perioden des Tariffriedens ausschlaggebend für die Verhandlungspositionen der Sozialpartner. Schon die Drohung mit dem Arbeitskampf und seinen zwangsläufigen Schäden zwingt die Beteiligten an den Verhandlungstisch und verschafft ihnen, je nach Erfolgsprognose, das erforderliche Durchsetzungsvermögen. Sobald dieses Drohmittel fehlt, seine Vorhersehbarkeit einbüßt oder seine Tragweite sich verändert, wird eine Kraftprobe unvermeidlich. Deshalb liegt die Bedeutung des Arbeitskampfes vor allem im Potentiellen, also in seiner Drohfunktion. Deren Glaubwürdigkeit hängt letztlich von den tatsächlich verfügbaren Kampfmitteln ab [5].

Verständlicherweise kommen für die Tarifvertragsparteien als Drohmittel nur solche Kampfmaßnahmen in die engere Wahl, die als kampfrechtlich zulässig anerkannt sind. Denn rechtswidrige Kampfhandlungen können Schadenersatzforderungen der Gegenseite auslösen, die jeden noch so verlockenden Kampfvorteil von vornherein entwerten.

Deshalb fragt sich, ob Streikhilfeverträge mit dem geltenden Arbeitskampfrecht vereinbar sind.

Ferner sind diese Solidaritätsmaßnahmen bei spontanem Zusammenwirken einzelner Unternehmen nur mit Anlaufverzögerungen durchzuführen. Wenn die Solidaritätsmaßnahmen zu-

---

4) Protokolle des 9. Bundeskongresses des DGB, S. 162

5) Zöllner, Aussperrung, S. 1f

dem die Verhandlungspositionen schon vor dem Arbeitskampf stärken sollen, muß sich der betroffene Arbeitgeber auf die solidarische Hilfe im vorhinein verlassen können. Also ist eine vertragliche Bindung nötig. Ob Streikhilfeverträge überhaupt einen Rechtsanspruch auf Unterstützung begründen können, hängt, abgesehen von arbeitskampfrechtlichen Erwägungen, auch von vertragsrechtlichen Normen ab (§§ 134, 138 BGB).

Die Kernfrage dieser Untersuchung lautet deshalb:

> Sind Streikhilfeabkommen nach dem geltenden Recht zulässig?

Dabei liegt die Problematik darin, daß diese Abkommen unter den vielfältigen Aspekten der gesamten Wirtschaftsordnung beurteilt werden müssen. Bisher sind Streikhilfeabkommen meistens nur unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten untersucht worden - arbeitsrechtliche Erwägungen dienten nur zur Kontrolle kartellrechtlicher Subsumtionsergebnisse [6]. Dies erklärt sich daraus, daß die Kampfhilfeabkommen vordergründig betrachtet nur ein Verhalten konkurrierender Unternehmen zueinander zu regeln scheinen. Daß diese Solidaritätsverträge gleichzeitig neben ihren unmittelbar wettbewerbspolitischen Wirkungen auch das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien arbeitspolitisch beeinflussen, war zwar allgemein klar, ist aber überwiegend nur als ergänzender Gesichtspunkt [7] für ihre rechtliche Beurteilung herangezogen worden.

---

6) Alle Quellen in FN 1) bis auf Reimann, WRP 1962, 154 und BkartA in "Arbeitsunterlage" Oktober 1966, S. 32, die die Abkommen einseitig unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilen

7) Rieger, a.a.O. (FN 1), S. 186ff; Hendriks, Diss., S 148ff; auch Säcker erwähnt zwar die arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte thesenartig (ZHR 137, 471f, 478), beschränkt sich aber ansonsten auf die wettbewerbsrechtliche Wertung

Dabei fragt sich, in welchem Verhältnis die wettbewerbsrechtlichen und die arbeitsrechtlichen Aspekte der Streikhilfevereinbarungen zueinander stehen, insbesondere, inwieweit sich unterschiedlich begründete Rechtsaussagen zu diesem Fragenkomplex widersprechen. Dazu bedarf es einer juristischen Gesamtschau der betreffenden Rechtsgebiete.

Nicht Gegenstand dieser Arbeit sollen hingegen solidarische Kampfhilfen der Arbeitnehmerverbände sein [8]. Unter Arbeitnehmern fehlt ein Wettbewerbsverhältnis [9], wie es zwischen unternehmerisch tätigen Arbeitgebern besteht. Die Solidaritätseinrichtungen der Gewerkschaften dienen der Konfrontation mit den Arbeitgebern, während das solidarische Verhalten der Arbeitgeberseite gleichzeitig für Tarif- und Konkurrenzkampf wirkt. Deshalb geraten Streikhilfeabkommen der Arbeitgeber im Unterschied zu denen der Arbeitnehmerseite eben wegen der Vertragsbeteiligung konkurrierender Unternehmen in die Nähe des Kartellverbotes [10].

Die EWG-rechtlichen Aussagen zur Zulässigkeit grenzüberschreitender Hilfeabkommen sollen nur kurz erwähnt werden, da das

---

8) Als solche kommen in Frage: Finanzhilfe des DGB für Einzelgewerkschaften (§ 9 der ArbkpfRiLi des DGB v. 5.6.74, abgedruckt bei Hernekamp, Aktuelle Dokumente "Arbeitskampf" Berlin 1975, S. 75, Solidarsammlungen (§ 10 ArbkpfRiLi), aber auch Streikunterstützungsverträge zwischen Gewerkschaften, die auf verschiedenen Produktionsstufen vertreten sind wie IG-Bergbau, IG-Metall und ÖTV etwa für den Export von Rohstahl. Hier könnten sich Verstöße gegen tarifvertragliche Friedenspflichten ergeben.

9) So wird der Wettbewerb auf den Arbeitsmärkten der Bundesrepublik immer nur als Nachfragewettbewerb der Arbeitgeber gesehen, vgl. etwa B. Schöning Ordnungspolitische Gestaltung der Arbeitsmärkte in einer Wettbewerbswirtschaft, Diss. Marburg 1965, S. 162ff. Daß auch durch ein Überangebot von Arbeitskräften insofern keine Änderung eintritt, wird durch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. III TVG garantiert.

10) Entsprechend vorsichtig kommentieren die "Ausführungsempfehlungen" der chemischen Industrie zu Streikhilfeabkommen in Ziff 1 (Quelle Säcker, ZHR 137, S. 456) deren kartellrechtliche Zulässigkeit.

Europarecht zwar ihre wettbewerbsrechtliche Einordnung [11], nicht jedoch ihre arbeitsrechtliche Beurteilung ermöglicht. Denn auf EWG-Ebene fehlt bislang ein Arbeitskampfrecht [11][12]. Der Versuch dieser Arbeit, Streikhilfeabkommen sowohl in wettbewerbs- als auch arbeitsrechtlicher Hinsicht zu würdigen, müßte deshalb im Bereich des Europarechts notwendig einseitig bleiben.

Ebenfalls nicht untersucht werden grenzüberschreitende Kampfhilfeabkommen zwischen deutschen und ausländischen Unternehmen. Zwar lassen sich solche grenzüberschreitenden Abkommen im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts wettbewerbsrechtlich einordnen, doch ist ihre arbeitsrechtliche Würdigung nicht möglich. Es gibt noch keine arbeitsrechtlichen Grundsätze für solche grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen. Die Untersuchung wäre deshalb bei der Beurteilung grenzüberschreitender Kampfhilfeabkommen auf die Anwendung europäischen Kartellrechts beschränkt.

---

11) Der EWG-Vertrag sieht zwar die Entwicklung eines gemeinsamen Wettbewerbssystems vor (Art. 3f EWGV), jedoch keine einheitliche kollektive Arbeitsmarktordnung. Ob sich letzteres künftig aus dem Postulat ungehinderter Arbeitskräftefluktuation (Art. 3c EWGV) entwickeln wird, hängt von weiteren Maßnahmen nach Art. 49 EWGV (Herstellung der Freizügigkeit) ab, die bislang ausstehen.

12) Art. 48, 49 EWGV, die Freizügigkeit und freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EG vorsehen, verpflichten und berechtigen nur Staatsorgane und den einzelnen Arbeitnehmer. Die Koalitionen können daraus nach h.M. keine unmittelbaren Ansprüche zur Förderung ihres Selbstverwaltungssystems auf europäischer Ebene herleiten, ebenso Groeben/Boeckh/Thiesing, EWGV Art. 48 Anm. IV, S. 420

Erster Teil

Grundlegung

A: Das Untersuchungsobjekt

1. Die empirische Grundlage

Die empirische Grundlage dieser Arbeit ist auf den ersten Blick schmal. Aus neuerer Zeit steht als Untersuchungsmaterial allein das von Säcker [13] veröffentlichte zweiteilige Vertragswerk des Verbandes der chemischen Industrie und des Arbeitsringes der Arbeitgeberverbände der deutschen chemischen Industrie aus dem Jahre 1970 zur Verfügung. Es besteht aus einem allgemeinen vom Verband vermittelten Solidaritätsvertrag mit Generalklauseln und aus einem detaillierten Empfehlungsplan für die einzelnen Ausführungsverträge, deren Gestaltung den jeweils beteiligten Unternehmen überlassen bleibt.

Wenn auch nicht als vollständige Beispiele, so doch als geeignete Beschreibungshilfen für den typischen Inhalt unternehmerischer Kampfhilfevereinbarungen, kommen noch zwei Verbandsbeschlüsse regionaler Brauereiverbände in Betracht, die das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht 1962 [14] geschildert hat.
Die Brauereien hatten beschlossen, während eines Arbeitskampfes und während der sechs Wochen danach die Abnehmer des bestreikten Verbandsmitgliedes nicht zu beliefern und Bierlieferungen an gemeinsame Kunden nicht zu erhöhen.

Zahlreicher sind hingegen Beispiele aus der Frühzeit der kollektiven Tariforganisation bekannt geworden, also aus einer Zeit, in der weder kartellrechtliche Schranken der Vertragsfreiheit zu beachten, noch Gegenmaßnahmen mächtiger Arbeitnehmerorganisationen zu befürchten waren.

---

13) Zu Beginn seines Aufsatzes in ZHR 137, 455 - 459

14) BT-Drucks. IV/1220 S. 52f zu "Bier" (687100)

So sind viele Arbeitgeberverbände schon in den ersten Jahren dieses Jahrhunderts dazu übergegangen, ihre Mitglieder satzungsmäßig zur Übernahme von sogenannter "Streikarbeit" zu verpflichten [15]. Gleichzeitig schlossen die Unternehmen "Kundenschutzverträge", in denen sie sich unter Vertragsstrafe dazu verpflichteten, während eines Arbeitskampfes ihrer Vertragspartner nicht mit neuen Kunden in Verbindung zu treten [16]. Ähnlich der oben erwähnten Kampfhilfevereinbarung zwischen Brauereien [14] verbot der "Boykott-Schutzverband deutscher Brauereien" seinen Mitgliedern bei Strafe, während des Boykotts und innerhalb dreier Monate nach dessen Ende an Abnehmer des Boykottierten neu zu liefern oder die Lieferungen an gemeinsame Kunden zu erhöhen [17].

Zwar hat sich unsere Rechtsordnung seit Geltung dieser "Boykottschutzverträge" stark verändert, doch belegen sie mit ihren Parallelen zu den neueren Beispielen, daß die Übernahme von Streikarbeit und der Kundenschutz von jeher einen typischen Kernbereich unternehmerischer Solidaritätsinteressen bildete.

---

15) So war 1907 der Ausschuß des Schutzverbandes deutscher Steindruckereibesitzer gem. § 13 der Satzung berechtigt, "anzuordnen, daß die Mitglieder ... einander in Behinderungsfällen Unterstützung durch gegenseitige Übernahme von Arbeiten oder in anderer Weise leisten und Arbeiten unter die einzelnen Mitglieder zu verteilen". Ähnlich die Satzung des damaligen Arbeitgeberverbandes Remscheid, die nach einem Beschluß aus dem Jahre 1905 zu Hilfe selbst dann verpflichtete, wenn dadurch ein Streik im eigenen Betrieb drohte. Wegen zahlreicher weiterer Beispiele und weiterer Nachweise für das Vorstehende: Keßler, Die deutschen Arbeitgeberverbände Leipzig 1907, S. 228f

16) Keßler, a.a.O. FN 16, S. 238 nennt Fälle aus dem Bäckereigewerbe in Hamburg (1899) und Berlin (1907)

17) Keßler, a.a.O. FN 16, S. 239 m.w.N.

Der Grund für diese geringe Zahl von Beispielen liegt in dem hohen Geheimhaltungsinteresse der Vertragsbeteiligten. Denn die Kampf- und Solidaritätswirkungen dieser Hilfeversprechen hängen wesentlich davon ab, ob der soziale Gegenspieler sie von vornherein kennt und seine Kampfmaßnahmen mit entsprechenden Schwerpunkten darauf einstellen kann oder ob er erst während des Kampfes kostbare Zeit aufwenden muß, um die Hilfsquellen seines Gegners ausfindig zu machen.

Hinzu kommt, daß diese Abkommen, je nach ihrem genauen Inhalt, in gefährlicher Nähe des Kartellverbots angesiedelt sind und schon aus Vorsicht vor behördlichen Untersuchungen und Verboten nur ungern offengelegt werden [18].

Aber auch wenn aus neuerer Zeit nur wenige Beispiele zu finden sind, reicht das vorgefundene Material dennoch dazu aus, die nötigen tatsächlichen Anhaltspunkte für eine rechtliche Untersuchung der Streikhilfeabkommen zu geben. In einem typischen Kernbereich wird der Inhalt dieser Vereinbarungen den genannten Beispielen gleichen [19], denn ihre wettbewerbs- und arbeitspolitische Zielsetzung sind unverändert geblieben. Unterschiede können sich allenfalls im branchenspezifischen Detail oder in Durchführungsbestimmungen von untergeordneter Bedeutung ergeben. Auf diese Feinheiten kommt es für die grundsätzliche

---

18) Außer den allgemeinen Gesichtspunkten besteht ein weiteres Geheimhaltungsinteresse bezüglich der in den Ausführungsverträgen enthaltenen geschäftlichen Daten, zu deren Schutz im Vertragsbeispiel der chem. Industrie unter Nr. 9 eigens eine Geheimhaltungs- und Mißbrauchklausel vorgesehen ist

19) Diese inhaltliche Übereinstimmung ergibt sich auch aus Säckers Hinweisen auf im wesentlichen gleich gestaltete Abkommen wie z.B. eine Hilfevereinbarung des Gesamtverbandes der metallindustriellen Arbeitgeberverbände aus den Jahren 1972/73 (Quelle: Säcker ZHR Bd 137, 459)

rechtliche Einordnung der Streikhilfeabkommen jedoch nicht an [20]. Diese Untersuchung kann sich auf ihre typischen und insoweit inhaltsgleichen Bestandteile beschränken. Diese lassen sich aus den vorliegenden Beispielen hinreichend herausarbeiten.

2. Wirkungen von Streikhilfeabkommen

Rechtsanwendung ist zukunfts- und wirkungsbezogen. Für die rechtliche Beurteilung der Streikhilfeabkommen sind deshalb ihre Wirkungen maßgebend.

a: Grobskizze

Ein Indiz für die Wirkungen von Streikhilfeabkommen bieten die ausdrücklich in ihnen genannten Ziele [21]. Die Abkommen sollen durch Ausschluß von Konkurrenzhandlungen die Solidarität der Arbeitgeber im Tarifkonflikt stärken. Dementsprechend wirken die Kampfhilfeverträge einerseits im Verhältnis der Unternehmen zueinander, andererseits in ihrem Verhältnis zur Arbeitnehmerseite als Kampfgegner. Schließlich bestimmen Kundenschutzklauseln in Streikhilfeabkommen, ob und wie die Abkommenspartner die Belieferung jener Kunden übernehmen dürfen, deren Versorgung dem bestreikten Stammlieferanten wegen des Arbeitskampfes nicht möglich ist. Deshalb wirken die Kampfhilfeabkommen auch auf die Beziehungen der bestreikten Unternehmen zu ihren Kunden.

---

20) Deshalb werden Streikhilfeabkommen üblicherweise als einheitliche Kategorie behandelt; vgl. etwa: Zöllner, Aussperrung, S. 45; Müller/Henneberg, 3. Aufl., § 1 GWB Rdnr 113; Müller/Giessler, 3. Aufl., § 1 GWB Rdnr 117; Säcker ZHR 137, 455

21) Vgl. dazu vor Punkt 1 des Vertragswerkes "Hilfeleistung im Arbeitskampf" der chem. Industrie:" ... für den Fall des Arbeitskampfes aus Gründen der Solidarität und zum Zwecke der gegenseitigen Unterstützung ...", wobei die Unterstützung nichts anderes als aktives Solidarverhalten ist (Quelle ZHR Bd 137, 455)

Wirkungen von Streikhilfeabkommen sind also im Verhältnis zwischen folgenden Beteiligten zu berücksichtigen:

zwischen

- den Abkommenspartnern
- den Abkommenspartnern und ihren Arbeitnehmern
- den Abkommenspartnern und ihren Kunden.

Außer dieser sachlichen Eingrenzung der Wirkungen empfiehlt sich ihre zeitliche Untergliederung. Ein Ziel dieser Abkommen ist zwar Solidarität während des Arbeitskampfes, doch lassen sich Wirkungen nicht allein auf die Kampfdauer beschränken. Ebenso wie der vorhersehbare Tarifkampf bereits vor Ausbruch des Konfliktes das Verhalten der Tarifpartner beeinflußt, stellt sein Ergebnis die Weichen für den tarifpolitischen Kurs nach seinem Ende. Eine kampfbezogene Solidaritätshaltung der Arbeitgeber ist darum auch auf ihre Folgen in der Kampfvor- und der Kampfnachphase zu untersuchen. Dementsprechend sind alle Wirkungen der Kampfhilfeabkommen in der Kampfvorphase, der Kampfphase und der Kampfnachphase zu untersuchen.

b: Wirkungen zwischen den Abkommenspartnern

Die Abkommen können nur dort zur Solidarisierung der Arbeitgeber führen, wo sie die Kampfrisiken des einzelnen Unternehmens durch die Streikhilfe der Solidargemeinschaft zumindest teilweise auffangen können. Dementsprechend richten sich Kampfhilfeabkommen vor allem gegen die Hauptrisiken, die der einzelne Unternehmer im Arbeitskampf zu tragen hat:

- Produktionsausfall bei fortlaufenden Betriebskosten
- Kunden- und Auftragsverlust durch Produktmangel und Konkurrenzvorstöße anderer Unternehmer
- Verlust von Arbeitskräften durch schwindende Attraktivität als Arbeitgeber und Abkehrmöglichkeit der Arbeitnehmer im Arbeitskampf.

Gegen diese drei typischen Risiken werden in Kampfhilfeabkommen vor allem drei Arten von Vereinbarungen geschlossen:

- Lieferhilfevereinbarungen gegen Produktionsausfälle
- Kundenschutzabkommen, um den Marktanteil zu bewahren
- Abwerbungsverbote für Arbeitskräfte während der Dauer des Tarifkonfliktes

Die Wirksamkeit und die Wirkungsgrenzen dieser Vereinbarungen bedürfen näherer Beschreibung.

L i e f e r h i l f e k l a u s e l n sollen diejenigen Glieder des Produktions- und Absatzprozesses ersetzen, die durch den Arbeitskampf ausfallen. Dies kann durch Überlassung von Produktionseinrichtungen und Transportmitteln, durch Lieferung von Rohstoffen, Halb- und Fertigprodukten sowie durch zeitlich begrenzte Übernahme von Lieferverpflichtungen des Bestreikten geschehen [22]. Die vielfältigen branchen- und unternehmenstypischen Produktionsvoraussetzungen ermöglichen ebenso viele Kampfschäden im Produktionsablauf und erfordern entsprechend unterschiedliche nach Intensität und Inhalt gestaffelte Hilfeleistungen. Um gleichwohl für die vorhersehbaren Notlagen jeweils ein passendes Hilfsprogramm mit kurzen Anlaufzeiten zu gewährleisten, müssen die vertragsbeteiligten Unternehmen ihre Hilfe langfristig im voraus planen und koordinieren. Bei dieser Zusammenarbeit werden die Unternehmen eine Tendenz entwickeln, Produktionsabläufe aufeinander abzustimmen. Im einzelnen kann dies dazu führen, daß substitutionsfähige Produkte erarbeitet, austauschbare Produktionsmittel angeschafft und Lager- sowie Produktionskapazitäten aufeinander abgestimmt werden.

Diese Konvergenzneigung hemmt den Anreiz zu Innovationen jedoch nicht. Innerhalb eines funktionierenden Kampfhilfeverbundes wird jede Neuerung, deren Produktionsvoraussetzungen nicht oder noch nicht von den Konkurrenten oder Kampfhilfepartnern ersetzt werden können, mit der tarifpolitischen Gefährdung zu rechnen haben, die ohne den Solidaritätsschutz der anderen besteht. Damit wird der

---

22) Vgl. Nr. 3 der "Empfehlungen zum Ausführungsvertrag" ZHR Bd 137, S. 457

Alleingang bei Neuerungen jedoch nicht mit einem zusätzlichen Streikrisiko belastet. Vielmehr bleibt es bei dem allgemein geltenden Kampfrisiko.

Lieferhilfe hemmt also Innovationen nicht, doch begünstigt sie im Bereich substitutionsfähiger Leistungen konvergierendes Verhalten.

Die Wirksamkeit der Lieferhilfe hängt von weiteren Voraussetzungen ab. Jede Lieferhilfeleistung beansprucht die Produktionsmittel des Helfers. Je nach Ausmaß seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, insbesondere aber der konjunkturbedingten Auslastung seiner Produktionsanlagen, wird die Hilfeleistung früher oder später mit den Eigeninteressen des unterstützenden Unternehmens kollidieren. Hier stellt sich die Frage nach der Opfergrenze. Damit ist Lieferhilfe konjunkturabhängig: ein zu 90 % ausgelasteter Produzent kann ohne Eigenopfer eben nur 10 % seiner Kapazitäten für Hilfeleistungen einsetzen.

Eine weitere Wirkungsgrenze für Lieferhilfevereinbarungen liegt in der Substitutionsfähigkeit der Produkte. Vielerorts kann das Warenangebot nicht aufeinander abgestimmt werden, weil die Unternehmen bemüht sind, durch individuelle Produktkombinationen - Teilbezug zwingt zu Folgebezug - eine Stammkundschaft zu erobern und dadurch die Substitutionsfähigkeit ihrer Waren herabsetzen.

Kundenschutzabkommen[23], die die verwaiste Stammkundschaft eines streikgelähmten Unternehmens gegenüber Abwerbungsversuchen seiner Konkurrenten schützen

---

23) Z.B. Nr. 8 der Durchführungsempfehlungen zum Vertrag "Hilfeleistung im Arbeitskampf der chemischen Industrie (Quelle Säcker ZHR 137, S. 458) evtl. ergänzt durch das Verbot, Lieferungen an gemeinsame Kunden zu erhöhen (so Braueireiverband lt. Tätigktbericht BkartA für 1962, S. 52). Ohne ausdrückliche Vereinbarung dürfte aber auch eine allgemeine Wohlverhaltensklausel genügen, die während des Arbeitskampfes jede Ausnutzung der streikbedingten Notlage eines Konkurrenten verbietet."

sollen, hängen wesentlich von der markt- und branchenbezogenen Bedeutung des "Stammkunden" ab. Unwichtig dürfte der Kundenschutz jedenfalls auf Märkten sein, deren Umsatz vorwiegend über einmalige Vertragsbeziehungen abgewickelt wird - zum Beispiel der Fertighausabsatz oder andere Produkte mit hohem Preis und geringer Kauffolge. Größere Bedeutung besitzt der Kundenschutz demgegenüber für Märkte, in denen Produkte überwiegend im Dauerbezug abgenommen werden, also z.B. im Abonnementsverhältnis für Zeitungen oder bei Rahmenlieferverträgen der Brauereien mit Gaststätten.
Für die Dauer dieses Kundenschutzes wird der Kundenstamm jedem Wettbewerb und nicht nur jenen Wettbewerbsvorstößen entzogen, die eigens wegen des Arbeitskampfes gegen den streikgelähmten Konkurrenten unternommen werden.

P e r s o n a l s c h u t z k l a u s e l n sollen während des Tarifkampfes verhindern, daß die kämpfende Belegschaft, insbesondere bei längerwährender Aussperrung zu anderen Unternehmen abwandert, etwa weil sie von dort angeworben wurde. Hierdurch soll dem kämpfenden Unternehmen der Produktionsfaktor Arbeit erhalten bleiben.
Solche Personalschutzabreden können in der allgemeinen Wohlverhaltensklausel eines Kampfhilfeabkommens enthalten sein, aber auch als selbständige Vereinbarung getroffen werden [24]. Dabei ist vor allem an ausdrückliche Einstellungsverbote für kämpfende Arbeitnehmer zu denken [25].

Ein derartiger Abwerbungsverzicht erscheint jedoch nur zwischen Unternehmen sinnvoll, die für die kämpfenden Arbeitnehmer als Ausweicharbeitsplatz infrage kommen. Für allgemein verwendbare Arbeitskräfte (kaufmännische Angestellte, allgemeines technisches Personal und angelernte Hilfskräfte) zählen dazu alle nahe beieinander angesiedel-

---

24) Als selbständige Anti-Fluktuations-Abkommen befürwortet von Jäger WRP 1961, 142ff; Reimann WRP 1962, 154

25) Jäger a.a.O., S. 143f

ten Unternehmen - auch verschiedener Wirtschaftszweige. Für spezialisiertes Fachpersonal, das meist eine höhere Arbeitsplatzmobilität aufweist, bieten Unternehmen der gleichen Branche, selbst bei sehr verschiedenen Standorten, Ausweicharbeitsplätze. Durch Personalschutzklauseln verzichten die Unternehmen auf einen bestimmten Teil des Arbeitskräfteangebotes. Damit verringert sich der Wettbewerb bei der Arbeitskraftbeschaffung. Die Unternehmen verbessern so die Möglichkeit, durch Personalaufstockungen zu Lasten des Bestreikten ihre Produktionskapazitäten auszuweiten. Die Personalschutzvereinbarungen wirken also mittelbar auch auf das Verhalten der Unternehmen als Anbieter [26].

c: Wirkungen der Streikhilfeabkommen zwischen den Sozialpartnern

Kampfhilfeleistungen erhalten die Position des bestreikten Unternehmens am Markt. Sie wirken primär nur gegenüber seinen Konkurrenten und Abnehmern. Sekundär stärken sie den Widerstand gegen Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite; denn der Druck von Streik, Massenkündigung oder "Dienst nach Vorschrift" zielt darauf ab, die Stellung des Arbeitgebers am Markt zu bedrohen, während Kampfhilfemaßnahmen diese Stellung erhalten. Damit beeinflussen Kampfhilfeverträge die Durchsetzungschancen der Tarifparteien, also ihr Kräfteverhältnis. Ihr taktischer Vorzug liegt darin, daß sie es den helfenden Unternehmen ermöglichen, in den Arbeitskampf einzugreifen, ohne sofort als beteiligter Gegner erkannt zu werden. Streikhilfevereinbarungen ermöglichen den Kampf um Arbeitsbedingungen unter der Tarnung friedlichen Verhaltens. Die Gewerkschaften müssen sodann, um diese Hilfsquellen auszuschalten, den Arbeits-

---

26) Ebenso Rieger, Diss. S. 182; die gegenteilige Ansicht von Hendriks, Diss. S. 48ff, 60 (FN 55) beruht auf der Wertung der "Anti-Fluktuations-Abkommen" als Verträge im arbeitsrechtlichen Freibereich des Kartellrechts

kampf auf die helfenden Unternehmen auszudehnen versuchen. Kampfhilfeverträge zwingen also die Arbeitnehmerseite zu breiter angelegten Kampfmaßnahmen.

d: Wirkungen der Kampfhilfe zwischen Anbietern und Nachfragern

Auf Märkten ohne feste Stammkundschaft sind Nachfrager besonders durch Kundenschutzklauseln gefährdet. Die Stammkunden des bestreikten Unternehmens werden unter Umständen von jeder Belieferung abgeschnitten. Denn sie können nicht auf die im Arbeitskampf helfenden Unternehmen ausweichen, weil die Kundenschutzabrede diesen leistungsbereiten Unternehmen den Eintritt in unerfüllt gebliebene Verträge des bestreikten Kampfhilfepartners - abgesehen von Lieferhilfeleistungen - untersagen. Die betroffenen Kunden müssen sich also um Deckungsgeschäfte von außerhalb des Streikhilfeverbandes bemühen; ihre Nachfragemöglichkeiten haben sich verschlechtert.
Selbst durch Lieferhilfe läßt sich diese Versorgungslücke nur teilweise ausfüllen. Je nach Marktlage und nur in den Grenzen der Substitutionsfähigkeit ausgefallener Marktleistungen wird Lieferhilfe mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung einsetzen.
Diese Wirkungen treten verstärkt auf solchen Märkten ein, auf denen die Liefer- und Transportkosten einen entscheidenden Preisfaktor bilden (z.B. bei Rohbaustoffen, Glasflaschen), auf denen eine rentable Belieferung über einen bestimmten Lieferbezirk hinaus also nicht möglich ist. Wenn dann die ortsansässigen Unternehmen durch Streik ausfallen und die ihnen benachbarten Konkurrenten wegen eines Kundenschutzabkommens nicht liefern, können sich die Nachfrager nur gegen Übernahme der erhöhten Transportkosten von Unternehmen außerhalb des Kampfhilfeverbundes beliefern lassen.

e: Wirkungsprognose für Kampfhilfesysteme

Die Wirksamkeit der einzelnen Kampfhilfeleistungen hängt von marktpolitischen, strukturellen und konjunkturellen Gegebenheiten ab. Kampfhilfe kommt unter folgenden Voraussetzungen am besten zum Tragen:

a) volle Substitutionsfähigkeit von Rohstoffen, Halb- und Endprodukten sowie der Produktionsmittel,
b) volle Substitutionsfähigkeit der Arbeitskräfte und Arbeitsplätze,
c) fester Kundenkreis jedes Unternehmens in gegenseitiger Lieferreichweite (Substitutionsfähigkeit des Kundenstammes),
d) Geheimhaltung der Kampfhilfequellen gegenüber der Arbeitnehmerseite,
e) Erschwernis für Kampfausweitung der Gewerkschaften durch Kampfhilfeverbindungen über die Grenze eines Tarifbezirkes oder über eine nationale Grenze hinweg.

Die Voraussetzungen zu a) bis c) lassen sich dabei unter dem Begriff S u b s t i t u t i o n s f ä h i g k e i t, die unter d) und e) unter dem Schlagwort E r s c h w e r u n g g e w e r k s c h a f t l i c h e r G e g e n m a ß n a h m e n zusammenfassen.

Denkbar sind jedoch auch Märkte, in denen diese Voraussetzungen bestmöglicher Kampfhilfe gänzlich fehlen, oder, was am häufigsten zutreffen wird, nur zum Teil vorliegen. Für diese Fälle fragt sich, ob Kampfhilfeverträge überhaupt hinreichend praktikabel sind, um in der Tarifpolitik zu einer nicht nur auf Ausnahmefälle beschränkten Bedeutung zu gelangen. Die Empfehlungen der Arbeitgeberverbände zielen nämlich darauf ab, ein dichtes Netz von Streikhilfeverbindungen zu knüpfen [27]. Ausdehnung und Schlagkraft dieses Schutzsystems werden wesentlich von der erfolgversprechenden Durchführbarkeit der einzelnen Beistands-

27) Hendriks ZHR 141 (1977), S. 2f m.w.N.

verträge abhängen.
Aber bieten Märkte, die nicht die oben genannten Bestvoraussetzungen aufweisen, dafür hinreichende Erfolgsaussichten?
Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Alle Unternehmen, die konkurrierende Marktleistungen anbieten, verwenden irgendwo in ihrem Produktions- und Absatzverfahren übereinstimmende und deshalb substitutionsfähige Mittel. Selbst Automobilfirmen mit unterschiedlich entwickelten Endprodukten könnten Transportmittel, Teile der Ersatzteilfertigung und auch die Beschaffung von Halbprodukten aus Zulieferbetrieben substituieren, vom Nutzen eines Kundenschutzabkommens ganz zu schweigen. Kampfhilfevereinbarungen für diese Bereiche würden die Anfälligkeit der Betroffenen im Arbeitskampf herabsetzen. Möglicherweise ist dies nur für geringe Teilabschnitte der Fertigung und des Absatzes durchführbar. Andererseits sind mit solchen Kampfhilfevereinbarungen keine besonderen Investitionen oder andere Belastungen verbunden. Sie bieten vielmehr für Arbeitskämpfe ausschließlich Vorteile, so daß ihre Vorbereitung und Anwendung sich auch dann lohnen dürfte, wenn weniger günstige Wirksamkeitsbedingungen gegeben sind.
Insofern läßt sich als Regel formulieren: Je zahlreicher die substitutionsfähigen Unternehmensteile von Konkurrenten sind, desto stärker gefährden sie sich im Arbeitskampf durch Wettbewerb. Daraus folgt gleichzeitig umgekehrt: Je eher tarifpolitische Solidarität durch Konkurrenz bedroht ist, desto günstiger sind gleichzeitig die Substitutionsmöglichkeiten für wirksame Solidaritätshilfe.
Aus diesem Grund wird sich allmählich ein weit verzweigtes Kampfhilfesystem auf fast allen Wettbewerbsebenen durchsetzen lassen. Diese Untersuchung geht deshalb davon aus, daß Kampfhilfeverträge auf lange Sicht zu vielgliedrigen Solidaritätsbündnissen führen können und wahrscheinlich auch führen werden - wenn sie rechtlich zulässig sind.

B: Anwendbare Rechtssätze

Die Zulässigkeit der Streikhilfeverträge beurteilt sich nach allen Rechtssätzen, die sich auf die geschilderten Wirkungen solcher Abmachungen beziehen. Dabei fällt zunächst auf, daß die Wirkungen in verschiedenen Rechtsverhältnissen, d.h. zwischen Rechtssubjekten verschiedener Gruppierungen eintreten, nämlich im Konkurrenzverhältnis von vertragsbeteiligten Unternehmen, im Verhältnis der Sozialpartner zueinander und in den Beziehungen der Unternehmen als Anbieter zu den Abnehmern ihrer bestreikten Konkurrenten.
Es kommen also die Rechtssätze als Subsumtionsnormen in Betracht, die jeweils für diese drei Beziehungsebenen gelten. Bisherige Untersuchungen, die Streikhilfeabkommen meist aus nur kartellrechtlicher Sicht geprüft haben [28], waren schon in ihrer Fragestellung und damit auch bei ihren zusammenfassenden Bewertungen auf eine dieser Beziehungsebenen beschränkt.

1. Rechtslage im Verhältnis der Streikhilfepartner

Für das Wettbewerbsverhältnis der beteiligten Unternehmen, sei es als Anbieter auf gleichem Markt oder als konkurrierende Nachfrager für Arbeitskräfte, gelten UWG und GWB bzw. Art. 85ff EWG-Vertrag. Hier fragt sich, ob Streikhilfeabkommen Wettbewerb beschränken. Dabei kann es sich nicht um Wettbewerbsbeschränkungen durch Marktmacht (§§ 22ff GWB) oder durch abgestimmtes Verhalten (§ 25 GWB), sondern nur um vertragliche Beschränkungen handeln (§ 1 GWB, Art. 85 EWG-Vertrag). Insofern ist von Bedeutung, ob Streikhilfeverträge etwa Erscheinungsformen unlauteren Wettbewerbs betreffen (§1 UWG) und vom Kartellverbot [29]

---

28) So vor allem Hendriks, Diss., S. 135ff; Hübner, Diss., S. 66; Rieger, Diss., S. 181ff

29) Der Ausdruck "Kartellverbot" wird im folgenden gemäß dem vorherrschenden juristischen Sprachgebrauch synonym für § 1 GWB verwendet, obwohl diese Bestimmung nur eine Rechtsschutzverweigerung ausspricht.

des § 1 GWB ausgenommen sind oder über § 28 GWB als Wettbewerbsregeln gegen unlauteres Konkurrenzverhalten legalisiert werden können [30].

2. Rechtslage im Verhältnis der Sozialpartner

Die rechtlichen Beziehungen der Sozialpartner richten sich nach dem kollektiven Arbeitsrecht, also insbesondere nach Art. 9 Abs.3 GG. Für kampfbezogene Maßnahmen gelten im kollektiven Arbeitsrecht die Grundsätze des sogenannten Arbeitskampfrechts. Streikhilfeabkommen sind wegen ihres Bezuges zu Arbeitskämpfen daraufhin zu prüfen, ob sie mit den Rechtssätzen des kollektiven Arbeitskampfrechtes vereinbar sind.
Zu berücksichtigen sind die Grundsätze der freien Kampfmittelwahl, der Parität der Sozialpartner, der Neutralität des Staates, der Friedenspflicht der Tarifvertragsparteien und der Verhältnismäßigkeit und Sozialadäquanz von Kampfmaßnahmen [31].

3. Rechtslage im Verhältnis von Anbietern und Nachfragern

Auf der Bezugsebene zwischen den Stammkunden des bestreikten Unternehmens und dessen Konkurrenten, die diese Kunden nicht umwerben und beliefern dürfen, könnten Rechtssätze berührt sein, die die Rechtsstellung des Nachfragers insbesondere des Letztverbrauchers schützen.
Verbraucherschutz kennt unsere Rechtsordnung nur durch bestimmte normierte Qualitätserfordernisse einzelner Marktleistungen (z.B. Lebensmittelgesetz), gewerberechtliche Anforderungen (z.B. § 7 Handwerksordnung) und durch die rechtlichen Schranken für die Werbung (§ 3 UWG, Zugabe-

---

30) So zuerst für Anti-Fluktuations-Abkommen Jäger WRP 1961, 144f; für Streikhilfeabkommen insgesamt zuerst Säcker ZHR 137 (1973), S. 468ff

31) Zum Verhältnis dieser Grundsätze untereinander näher unter S.162ff

verordnung). Kampfhilfeabkommen beeinflussen, wie bereits dargelegt, lediglich die Angebotslage zum Nachteil der Verbraucher. Die Fülle des Angebots wird in unserer Rechtsordnung nur mittelbar durch den Schutz des Wettbewerbs im GWB abgesichert.
Nach dem GWB ist unmittelbarer Verbraucherschutz nur ausnahmsweise möglich, nämlich dann, wenn Unternehmen (hier: die Nichtbestreikten) eine marktbeherrschende Stellung erlangen und diese mißbrauchen. Dann ist unmittelbarer Verbraucherschutz durch kartellbehördliche Vertragsgestaltung möglich (§§ 22 Abs. 4, 19 Abs. 2 GWB).
Ferner können Nachfrager Belieferung verlangen, wenn sie ohne sachlichen Grund unter den besonderen weiteren Voraussetzungen des § 26 II GWB durch Nichtbelieferung benachteiligt werden.

Zusammenfassung:

Die rechtliche Zulässigkeit von Streikhilfeverträgen beurteilt sich nach ihren Wirkungen und den für diese geltenden Rechtssätzen.
Die Wirkungen der Streikhilfeverträge treten auf verschiedenen Ebenen ein: Zwischen den vertragsbeteiligten (grundsätzlich konkurrierenden) Unternehmen, zwischen den beteiligten Arbeitgebern und deren Arbeitnehmern sowie zwischen den streikbetroffenen Verbrauchern und den helfenden, nichtbestreikten Unternehmen.
Für das Wettbewerbsverhältnis sind die §§ 1 GWB, 1 UWG i.V. mit § 28 GWB und Art. 85ff EWG-Vertrag zu berücksichtigen. Für das Tarifverhältnis sind die arbeitsrechtlichen Grundsätze der Parität, Neutralität, Friedenspflicht, Sozialadäquanz und der Verhältnismäßigkeit anzuwenden.
Für die Beziehung zu den betroffenen Abnehmern der bestreikten Unternehmen sind die §§ 22 IV, V; 26 II GWB zu prüfen.

Zweiter Teil

Kartellrechtliche Untersuchung

Die bisherigen rechtlichen Stellungnahmen zu den Streikhilfeverträgen bejahen übereinstimmend, daß die Verträge unter den Tatbestand des § 1 GWB fallen [1]. Im Anschluß daran schwächen sie dieses Ergebnis durch einschränkende Argumente ab, indem sie die Verträge durch Rechtfertigung [2], Güterabwägung [3] oder Ausnahmegesichtspunkte [4] dem Wirkungsbereich des Kartellverbotes wieder entziehen.

Zunächst soll untersucht werden, (I) ob und inwieweit Streikhilfeverträge überhaupt die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfüllen - wie das Schrifttum es durchweg bejaht. Hierbei sollen ausschließlich die vorherrschenden wettbewerbsrechtlichen Standpunkte berücksichtigt werden, um das nach dem gegenwärtigen Meinungsstand am ehesten zu erwartende Subsumtionsergebnis zu ermitteln. Nach einer Bewertung und rechtspolitischen Kritik dieses Ergebnisses (II) sollen die zahlreichen Ausnahmeargumente untersucht werden (III, A), die Streikhilfeabkommen angeblich dem Kartellverbot entziehen. Diesen Lösungsversuchen wird sodann die eigene Auffassung gegenübergestellt (III, B).

---

1) Hendriks, Diss. S. 135ff, 142ff, 163; Hübner, Diss., S. 11; Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 117; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 113; Rieger, Diss., S. 182ff; Säcker ZHR 137 (1973), 467ff

2) Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 113

3) Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 117; wohl auch Hübner, Diss., S. 67

4) Hendriks, Säcker a.a.O. (FN 1) untersuchen insbesondere eine Einschränkung des Kartellverbots durch Art. 9 III GG und § 1 UWG

I. Anwendung des § 1 GWB auf Streikhilfeabkommen nach allgemeinen Subsumtionsregeln

A: Die Kampfhilfeabkommen und ihre Vorstufen als Verträge bzw. Verbandsbeschlüsse i.S. des § 1 GWB

Ob Streikhilfeabkommen und sogar die ihnen vorausgehenden Anbahnungsabsprachen Verträge i.S. des § 1 GWB darstellen, richtet sich nach den beteiligten Rechtssubjekten, der beabsichtigten vertraglichen Bindung und ihrem Zweck.

1. Die Kampfhilfepartner als Kartellsubjekte

Die bekanntgewordenen Solidaritätsabkommen wurden ausnahmslos von Unternehmen vereinbart. Dem tatbestandsmäßigen Erfordernis, daß an einem Kartell Unternehmen oder Unternehmensverbände beteiligt sein müssen, war somit genügt. Auch die Anbahnung solcher Verträge durch Anregungen von Arbeitgeberverbänden richtet sich immer an Unternehmen [5]. Einige Solidaritätsabkommen beruhen auf Verbandsbeschlüssen [6], gehen also ebenfalls von Rechtssubjekten i.S. des § 1 GWB aus.
Zweifel über die erforderliche Subjektseigenschaft der Beteiligten können allenfalls insofern bestehen, als während des Arbeitskampfes, dem bestreikten Arbeitgeber möglicherweise die Unternehmenseigenschaft fehlt. Wenn seine Produktion durch Streik zusammenbricht, gleicht dies im Ergebnis dem Produktionsausfall durch Kriegseinwirkung oder der Geschäftseinstellung durch Konkurs. In den letzteren Fällen liegt nach allgemeiner Auffassung kein

---

5) So alle bei Säcker ZHR 137, 455 und Keßler, Die deutschen Arbeitgeberverbände, S. 228ff genannten Beispiele

6) Vgl.: Arbeitsunterlage des BkartA S. 30f: "Regionalverband der Arbeitgeber des Brauereiverbandes" (auch TB BkartA 1962, S. 52)

Unternehmen i.S. des § 1 GWB mehr vor [7]. Gleiches könnte für den Bestreikten während des Arbeitskampfes gelten.

Insofern fragt sich, ob die Unternehmenseigenschaft nur bei Abschluß des Kartellvertrages oder auch bei seiner Durchführung vorliegen muß. Im Ergebnis kommt es darauf jedoch nicht an. Es genügt für ein Kartell i.S. des § 1 GWB, daß die beteiligten Rechtssubjekte potentielle Unternehmen sind [8]. Potentielle Unternehmen sind solche, die in absehbarer Zeit praktisch am Markt als Unternehmen auftreten werden [9]. Diese Voraussetzungen treffen auf ein bestreiktes produktionsunfähiges Unternehmen zu, denn es wird nach Ende des Arbeitskampfes wieder neu am Markt auftreten. Wenn aber bereits bei Vertragsschluß die potentielle Unternehmenseigenschaft für Kartellsubjekte i.S. des § 1 GWB genügt, sollte dies erst recht für Kartellpartner gelten, die bei Vertragsschluß volle Unternehmenseigenschaft besitzen und später vorübergehend nur potentielle Unternehmen bilden. Hinzu kommt, daß die hier untersuchten Streikhilfeverträge nicht nur im Arbeitskampf, sondern auch in seinen Vor- und Nachphasen wirken [10], in denen der Bestreikte jedenfalls als vollwertiges Unternehmen i.S. des § 1 GWB anzusehen ist.
Somit sind die Partner von Streikhilfeverträgen hinlänglich als Vertragssubjekte i.S. des § 1 GWB ausgewiesen.

---

7) BGH NJW 1960, 145ff = WuW/E BGH 359ff; "Glasglühkörper" TB BkartA 1960, S. 47 "Papierfilter" (BT-Drucks. III 2734) und TB BkartA 1959 S. 41 (BT-Drucks. 1960, 1795)

8) BGW WuW/E 361 "Glasglühkörper", LG Düsseldorf WuW/E LG/AG 226 "Rinderbesamungsgenossenschaft"

9) Müller-Henneberg § 1 GWB Rdnr 10

10) S. o. S. 15

2. Streikhilfeabkommen als Verträge i.S. des § 1 GWB

Das Vertragswerk zur Hilfeleistung im Arbeitskampf der chemischen Industrie [11] sieht eine Kampfhilfevereinbarung auf Gegenseitigkeit vor, die zahlreiche bindende Einzelabreden über Leistungsinhalt und -umfang, Haftung sowie Vergütung enthält. Ihre besondere Bedeutung als Absicherung gegen künftige Arbeitskampfrisiken liegt gerade in der Vertragsbindung aller Beteiligten. Streikhilfeabkommen nach Art des hier verwendeten Beispiels aus der chemischen Industrie tragen somit alle Merkmale eines bürgerlichrechtlichen Vertrages. Daß sie auf Grund dieser Eigenschaften als Verträge i.S. des § 1 GWB gelten müssen, ist trotz des erheblichen Meinungsstreits [12] um den Vertragsbegriff dieser Norm allgemein anerkannt [13].

Deshalb kann das Vorliegen eines Vertrages i.S. des § 1 GWB allenfalls dort fraglich sein, wo erst Anbahnungsverhandlungen und Vorvereinbarungen für spätere Solidaritätsabkommen getroffen sind. Nach dem von Säcker geschilderten Anbahnungsverfahren haben die Industrieverbände alle infrage kommenden Unternehmen durch Rundschreiben aufgefordert, sich nach vorgeschlagenem Muster zu Hilfsabkommen mit anderen Mitgliedsfirmen bereitzuerklären. Anschließend sollen die abschlußwilligen Mitglieder dann unter Regie ihres Verbandes zu einem Solidaritätsverbund zusammengefaßt werden, indem sie untereinander je nach ihren individuellen Voraussetzungen einzelne Durchführungsverträge abschließen. Wegen der starken Geheimhaltungs-

---

11) Säcker ZHR 137 (1973) 455ff

12) Benisch DB 1957, 789; Benkendorf WRP 1962, 313; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 32; Held, G., Rechtsformen zulässiger Kartelle, Köln 1963, S. 21ff; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 24, S. 48; Langen § 1 Rdz 18ff; Lukes, Der Kartellvertrag, Berlin 1959, S. 123ff; Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 50

13) BGH NJW 1971, 524 "Teerfarben"; Langen, a.a.O. Rdz 23; Müller/Giessler, a.a.O.; mit letztlich gleichem Ergebnis alle Quellen aus FN 12, die grds. geringere Anforderungen stellen.

tendenz [14] bei Streikhilfeverträgen ist für die kartellamtliche Praxis von erheblicher Bedeutung, ob bereits diese Verbandsaufforderung und Einverständniserklärung des Unternehmens einen Vertrag i.S. des § 1 GWB darstellen. Da eine wettbewerbsrechtlich beachtliche Beeinflussung von Wettbewerbsverhältnissen erst durch die Kampfhilfevereinbarungen selbst möglich ist, ließe sich diese Vorstufe möglicherweise als Vorvertrag einordnen.

Abgesehen davon, daß Vorverträge nach überwiegender Auffassung nicht unter § 1 GWB fallen [15], erscheint schon zweifelhaft, ob überhaupt ein Vorvertrag geschlossen wird, wenn die aufgeforderten Unternehmen gegenüber ihrem Verband erklären, sie seien zum Abschluß von Solidaritätsverträgen bereit. Zwar können diese Erklärungen "an einen gemeinsamen Dritten" aus der Positionsanordnung der Vertragsbeteiligten her einen sogenannten "Sternvertrag" [16] bilden, der von § 1 GWB grundsätzlich auch erfaßt wird. Gleichwohl sind Bindungswirkung und hinreichende inhaltliche Bestimmtheit dieses "Vorvertrages" fraglich. Selbst wenn diese Anbahnung auf verbindliche Bereitschaftserklärungen hinausliefe oder doch wenigstens eine nach neuerer Rechtsauffassung für § 1 GWB ausreichend faktische Vertragsbindung [17] auslöste, bliebe ungewiß, ob es zu Hilfsverträgen und Durchführungsvereinbarungen kommt. Erst die

---

14) Dazu vgl. S. 13

15) BkartA WuW/E 188/89 "Fensterglas"; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 24; Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 50, S. 43; a.A. nur Langen § 1 GWB Rdz 23

16) Einzelverträge, die mit gleichem Inhalt und einem bei allen Vertragsverhältnissen gleichen Partner geschlossen werden und deshalb ein einziges Vertragsverhältnis bilden. Vgl. das Beispiel bei Loos, BB 1958, 1217f. Daß Sternverträge auch von § 1 GWB erfaßt werden, ist anerkannt, vgl. Harms, Wolfgang, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1968, S. 274 FN 172; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 38

17) Kellmann NJW 1971, 267 (natürlicher Bindungswille); Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 27, S. 52; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 122f; a.A. mit gleichem Ergebnis Langen § 1 GWB Rdz 25

Hilfspartner können feststellen, ob ihre Kapazitäten und Produkte die Voraussetzungen für erfolgreiche Kampfhilfe bieten und müssen dies gegebenenfalls unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktsituation überprüfen und neu vereinbaren. Während der Anbahnung durch den Verband ist jedoch noch ungeklärt, welche Verbandsmitglieder überhaupt zu Hilfsvereinbarungen willens und in der Lage sind. Das künftige Solidaritätsabkommen liegt also noch im Dunkeln, so daß von einem Vorvertrag mit wettbewerbsrechtlich faßbarem Inhalt selbst bei großzügiger Ausdehnung des kartellrechtlichen Vertragsbegriffs noch keine Rede sein kann. Deshalb führen die Anbahnungsversuche der Arbeitgeberverbände bestenfalls zu einem Verhandlungsverhältnis. Dessen Sorgfalts- und Vertrauensschutzverpflichtungen sind jedoch wettbewerbsrechtlich unbeachtlich.

3. Kampfhilfeabkommen als Verträge "zu einem gemeinsamen Zweck" i.S. des § 1 GWB

Kampfhilfeverträge fallen nur dann unter § 1 GWB, wenn sie zu einem "gemeinsamen Zweck" geschlossen werden. Dieses Tatbestandsmerkmal dient dazu, Kartellverträge im Sinne der i.S.d. §§ 1ff GWB gegenüber den sonstigen Verträgen i.S.d. §§ 15ff GWB abzugrenzen [18]. Seine Voraussetzungen sind umstritten.
Das bisher überwiegende Schrifttum [19] und die frühere Rechtsprechung [20] forderten dafür einen "gemeinsamen Zweck" wie bei einem Gesellschaftsvertrag oder einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis der Kartellbeteiligten. Danach hing die Abgrenzung zwischen Kartellverträgen i.S.d. §§ 1ff GWB und Austauschverträgen i.S.d. §§ 15ff GWB

---

18) BGHZ 68, 6ff, 10; Müller-Henneberg, § 1 GWB Rdz. 35 (m.w.N.); anders Karsten Schmidt, Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1978, S. 24, der im Ergebnis in dem "gemeinsamen Zweck" auch ein abgrenzendes ("konstitutives") Tatbestandsmerkmal sieht

19) Frkf. htr. § 1 GWB Rdz 8,26; Müller-Henneberg § 1 GWB, Rdz 35f unter Hinweis auf die amtl. Begründung Teil C zu § 1 GWB u. m.w.N.

20) RGZ 114, 262, 264; BGHSt 24, 54; BGHZ 28, 208

von den verwendeten Vertragskonstruktionen ab. Sie richtete sich nach deren Einordnung in die bürgerlich-rechtlich entwickelten Vertragstypen des Gesellschaftsvertrages und des Austauschvertrages.
Die neuere Rechtsprechung [21] hingegen hat einen "gemeinsamen Zweck" schon dann bejaht, wenn die Kartellbeteiligten eine Wettbewerbsbeschränkung oder deren Ziel in dem fraglichen Vertrag gemeinsam anstrebten. Ob dies im Rahmen eines Austauschvertrages geschehe, sei für die Anwendbarkeit des § 1 GWB ohne Belang.
Steindorff [22] hat diese neuere Rechtsprechung auf die kurze Formel gebracht, das Merkmal "gemeinsamer Zweck" in § 1 GWB besage nur, daß die Beteiligten eine Wettbewerbsbeschränkung untereinander bewirkt haben müssen. Dies reiche auch aus, wenn im übrigen ein Austauschverhältnis in Frage stehe. Karsten Schmidt [23] hat mit nahezu gleichem Inhalt einen "gemeinsamen Zweck" i.S.d. § 1 GWB darin gesehen, daß die vertraglich herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung das Wettbewerbsverhältnis der Kartellpartner betreffe.
Diese neuere Auffassung ist bisher, soweit ersichtlich, nicht auf Widerspruch gestoßen. Sie ermöglicht eine wirksamere, dem Wettbewerbsschutz dienlichere Anwendung des Kartellverbotes. Diese Auffassung löst sich von dem starren Tatbestandsmerkmal des "gesellschaftsähnlichen" Vertragsverhältnisses. Damit wird den Kartellbeteiligten die Möglichkeit genommen, durch die Wahl des verwendeten Vertragstyps darüber zu entscheiden, ob die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit ihres Vertrages nach den §§ 1ff GWB oder nach den §§ 15ff GWB zu beurteilen ist [24]. Damit wird eine Möglichkeit zur Umgehung des Kartellverbotes

---

21) BGHZ 65, 30, 38f; 68, 6, 10
22) Ders., BB 1977, 569, 570/71
23) Ders., a.a.O., S. 51ff, 59f
24) Karsten Schmidt, a.a.O., S. 2, 51

versperrt[25].

Die neuere Auffassung erscheint deshalb vorzugswürdig. Es ist abzusehen, daß sie die bisher herrschende Meinung mit ihrer strengen Forderung eines gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses ablösen wird. Sie wird deshalb in dieser Untersuchung zugrundegelegt.

Streikhilfeabkommen werden zu einem "gemeinsamen Zweck" i.S. dieser Auffassung geschlossen.

Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Kampfhilfeabkommen betrifft das Wettbewerbsverhältnis der Abkommenspartner. Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutzklauseln verhindern potentiellen Wettbewerb zwischen bestreikten und nichtbestreikten Abkommenspartnern[26].

Aber auch nach den strengeren Anforderungen der früher h.M. wäre ein gemeinsamer Zweck nach Art eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses gegeben, Kampfhilfevereinbarungen werden auf Grundlage der Gegenseitigkeit geschlossen. Sie dienen den Beteiligten dazu, das individuelle Kampfrisiko einzelner Unternehmen zu verringern und tarifpolitische Solidarität zu fördern. Die Verringerung des Konkurrenzdrucks und die Festigung des solidarischen Zusammenhalts stehen dabei in einem Kausalzusammenhang. Daraus ergibt sich ein doppelter gemeinsamer Zweck: erstens das Ziel stärkeren tarifpolitischen Zusammenhalts und zweitens als Mittel für dieses erste Ziel die Absicht, den Konkurrenzdruck während des Arbeitskampfes zu beseitigen. Kampfhilfeverträge werden von den Abkommensbeteiligten also unter anderem zu dem gemeinsa-

---

25) Z.B. wäre eine Umgehung der §§ 1ff GWB durch sternförmige Vertriebsverträge mit einer dafür geschaffenen Vertriebsgesellschaft ohne Andienungspflicht möglich. Dann läge kein gesellschaftsähnliches Verhältnis zwischen den einzelnen Auftraggebern der Verkaufszentrale vor. Gleichwohl dienen die Einzelvereinbarungen dazu, horizontal im Verhältnis der Auftraggeber Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen, indem die Vertriebsgesellschaft aufgrund ihrer (vertikalen) Absatzvorteile den gesamten Vertrieb ihrer Auftraggeber vornimmt (BGHZ 68, 6ff)

26) S.o. 1. Teil, A, 2, b S. 15 und s.u. 1. Teil, I, B, 3, b, S. 43ff

men Zweck geschlossen, den Konkurrenzdruck während des Arbeitskampfes zu beseitigen. Die gesellschaftsvertragliche Förderungspflicht für diesen gemeinsamen Zweck liegt dabei in der gegenseitigen Vertragszusage, bestreikten Abkommenspartnern Kampfhilfe zu gewähren. Kraft/Hönn [27] haben hiergegen eingewandt, der Vertragszweck von Streikhilfeverträgen sei nicht wettbewerbsbezogen und könne deshalb auch nicht als "gemeinsamer Zweck" i.S. des § 1 GWB gelten. Dies erscheint sogar nach den engeren Voraussetzungen der früher herrschenden Meinung verfehlt. Denn die Abkommen sind um der tarifpolitischen Solidarität willen gerade darauf gerichtet, im Verhältnis zu den anderen Abkommenspartnern einen Schutz vor Wettbewerbshandlungen während des Arbeitskampfes zu gewährleisten. Freilich bildet diese Wirkung im Wettbewerbsverhältnis der Abkommenspartner nur ein Zwischenziel auf dem zu der tarifpolitisch erwünschten Solidarität. Der "gemeinsame Zweck" i.S.d. § 1 GWB braucht nicht den Hauptzweck des Vertrages zu bilden. Es genügt, wenn der wettbewerbsrechtliche beachtliche Zweck unter anderem von der Zielsetzung des Kartellvertrages mit umfaßt ist. Eine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenzwecken eines Vertrages wird im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum, soweit ersichtlich, nicht vertreten.

Ergebnis:
Streikhilfeabkommen und entsprechende Verbandsbeschlüsse sind als Verträge bzw. Verbandsbeschlüsse i.S. des § 1 GWB zu betrachten [28]. Hierzu rechnen jedoch nicht die Vereinbarungen, die nur zur Vorbereitung und Anbahnung der Streikhilfeabkommen von Seiten der Unternehmensverbände gefördert werden.

---

27) Dies., ZHR 141 (1977), S. 237

28) Im Ergebnis ebenso Kraft/Hönn a.a.O., S. 235ff ohne Begründung: Hendriks, Diss., S. 138ff und ZHR 141 S. 3ff; Hübner, Diss., S. 11; Rieger, Diss. S. 181, 183; Säcker ZHR 137 (1973), S. 462ff; "Arbeitsunterlage" S. 31f

B: Kampfhilfeabkommen als wettbewerbsbeschränkende Maßnahme i.S. des § 1 GWB

1. Das Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung

Wettbewerb kann nur dort i.S. des § 1 GWB beschränkt werden, wo es ihn gibt oder jedenfalls ohne die fragliche Beschränkung gegeben hätte. Die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung steht und fällt deshalb mit einem für die Subsumtion brauchbaren Wettbewerbsbegriff [29]. Darum hat es bislang nicht an Versuchen gefehlt, Wettbewerb zu definieren. Nach zahlreichen Definitionsversuchen im wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Schrifttum [30] scheint man sich damit abgefunden zu haben, daß Wettbewerb einen schwer abgrenzbaren Begriffskomplex bezeichnet. Insbesondere die rechtswissenschaftliche Erörterung des Rechtsbegriffs Wettbewerb hat bislang zu keinem überwiegend anerkannten Ergebnis geführt, welches die Subsumtion unter § 1 GWB ermöglichen könnte, ohne in Abgrenzungsfragen massiver Kritik ausgesetzt zu sein [31].

---

29) A.A. nur Baur ZHR 134 (1970), S. 97ff, 117ff, 150

30) Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerb-Beschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S. 15; Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" S. 97ff, 106f, 222; Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts in FS für Böhm 1965, S. 199ff; Machlup HdSW Bd 12 (1965) Stichwort Wettbewerb III, S. 36ff; Plassmann, Norbert, Rechtsbegriffe i. Wettbewerb-Recht JZ 1968, 81ff; Röpke HdSW Bd 12 (1965) Stichwort Wettbewerb II, S. 29ff; Sandrock, Grundbegriffe des GWB S. 129/130; Schneider, Erich, Einführung in die Wirtschaftstheorie, 5. Aufl. Teil II, S. 68

31) So überzeugend Baur ZHR 134 (1970), S. 98; a.A. wohl Knöpfle a.a.O., S. 97ff, 103ff, der zu optimistisch von einer h.M. auf Grundlage der Definition Borchardt/Fikentschers ausgeht; auch diese Wettbewerb-Definition hat Widerspruch gefunden; auch die als ähnlich aufgeführten Definitionen (Knöpfle a.a.O., S. 106/07) enthalten erhebliche Unterschiede

Zusätzlich wird diese Diskussion dadurch kompliziert, daß die Verwendbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Ergebnisse zum Zweck der Rechtsanwendung infrage gestellt wird [32].

Um die unterschiedlichen Meinungen möglichst umfassend zu berücksichtigen, werden im folgenden mehrere repräsentative Wettbewerbsdefinitionen nebeneinander verwendet.

Als gründliche Definition aus neuerer Zeit soll die von Sandrock erarbeitete Verwendung finden [33]. Da sie Wettbewerb als Verhalten im Rahmen eines wirtschaftlichen Handlungsspielraumes bestimmt, soll auch der dazu komplementär angesiedelte Definitionsversuch Knöpfles berücksichtigt werden, der Wettbwerb als Antwort auf ökonomische Zwänge begreift [34]. Um eine einseitige Betrachtung zu vermeiden, soll neben diesen betont ökonomischen Definitionen auch der von Hoppmann vertretene Wettbewerbsbegriff verwendet werden, der den gesellschaftspolitischen Aspekt des Wettbewerbs betont und Wettbewerb als Ausdruck

---

32) Hoppmann, Zum Schutzobjekt des GWB in "Wettbewerb als Aufgabe", 1961, S. 61ff; Ulmer, ZHR 135 (1971), S. 560/61

33) Ders., Grundbegriffe, S. 129f: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben von Unternehmen nach Geschäftsabschlüssen mit Kunden oder Lieferanten, wenn das einzelne Unternehmen dabei in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer, ihm als Einzelunternehmen oder als Gruppe zur Seite stehender Unternehmen (einseitig oder zweiseitig) fühlbar abhängig ist und wenn sein marktstrategisches Vorhaben deshalb nach dem Verhalten dieser anderen Unternehmen, zu denen auch potentielle Rivalen zu rechnen sind, ausrichten muß, indem es bei der Vornahme seiner Wettbewerbshandlungen zur Förderung des Absatzes/Bezugs (wie Festsetzung des Preises, Entscheidung über Qualität ... usw.) die entsprechenden Wettbewerbshandlungen der anderen Unternehmen berücksichtigt."

34) Ders., Rechtsbegriff, S. 222: "Unter Wettbewerb sind zu verstehen die wirtschaftlichen Erfordernisse (positiven Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können."

wirtschaftlicher Handlungsfreiheit ansieht [35]. Als ergänzungsbedürftigen Beschreibungsansatz formuliert Hoppmann: "Wettbewerb sind jene Marktprozesse, in denen sich Wettbewerbsfreiheit und, weil sie reziprok individuelle ökonomische Vorteile zur Folge hat, ökonomische Vorteilhaftigkeit 'manifestieren'" und "Wettbewerbsfreiheit ist relative Freiheit im Rahmen der Marktprozesse" (Gegensatz: Beschränkung durch ungebührliche Marktmacht).

Diese drei Wettbewerbsbegriffe bieten den Vorteil einer breiten Streuung innerhalb des Meinungsspektrums und sind von ihren Urhebern und Kritikern [36] so gründlich bearbeitet worden, daß die Grenzen ihrer Aussage hinlänglich aufgezeigt sind. Im folgenden soll, um Verzerrungen zu vermeiden, das Vorliegen von Wettbewerb jeweils in paralleler Anwendung dieser drei Definitionen geprüft werden.

Ebenso wie diese drei Wettbewerbsdefinitionen unterscheiden sich auch die jeweils dazu erarbeiteten Merkmale der Wettbewerbsbeschränkungen.
Nach Sandrock [37] liegt eine Wettbewerbsbeschränkung in

---

35) Ders., Zum Problem einer ... praktikablen Definition des Wettbewerbs ... in "Grundlage der Wettbewerb-Politik" Schrift. des Vereins für Sozialpolitik N.F. Bd. 48 (1968), S. 28, 31

36) Zu allen dreien insbesondere Baur ZHR 134 (1970), S. 106ff; Ulmer ZHR 135 (1971), S. 561f besonders zu Sandrock

37) Ders., Grundbegriffe S. 224 "Eine (formale) Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen, die miteinander konkurrieren, eine oder mehrere Gattungen ihrer Wettbewerbshandlungen (z.B. Preisfestsetzung oder Qualitätsbestimmung) miteinander in Einklang bringen oder, für ein einzelnes Unternehmen, auf einen bestimmten Punkt fixieren, so daß die durch diese Handlungen geregelten Verhältnisse (z.B. Preis und Qualität) nicht mehr oder, wenn überhaupt, nur in Übereinstimmung miteinander zum Zwecke der Beeinflussung des Geschäftserfolgs verändert werden. Dies schließt auch die Fälle ein, in denen ein oder mehrere Unternehmen eine bestimmte Gattung von Wettbewerbshandlungen (z.B. Nebenleistungen, Kundendienst) überhaupt nicht mehr vornehmen, d.h. als Maßnahmen des Wettbewerbskampfes beseitigen oder in denen ein Unternehmen dem Wettbewerb fernbleibt oder aus ihm ausscheidet."

der Festlegung vorhandener Verhaltensparameter für Wettbewerbshandlungen. Jede formelle, also nicht notwendig im Marktergebnis (materiell) wirksame Festlegung von Verhaltensspielräumen soll genügen. Knöpfle [38] definiert als Wettbewerbsbeschränkung jede Verringerung der "Erfordernisse, Risiken und Chancen", in denen sich nach seiner Definition Wettbewerb äußert. Hoppmann [39] beschreibt Wettbewerbsbeschränkungen rein wirtschaftswissenschaftlich in zwei Fallgruppen. Sie könnten nur entweder in der Beschränkung des freien Zugangs zu den für Wettbewerbshandlungen notwendigen Ressourcen oder in der Ausübung von Zwang auf das Verhalten von Unternehmen liegen.
In der folgenden Untersuchung wird jeweils offengelegt, wenn die parallele Anwendung dieser drei Beschreibungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu unterschiedlichen Subsumtionsergebnissen führt.
Streitig ist, wie die Wettbewerbsbeschränkung inhaltlich oder kausal mit dem Kartellvertrag verknüpft sein muß, damit § 1 GWB eingreift. Die noch herrschende Gegenstandstheorie [40] verlangt dafür, daß die Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt des Vertrages gehört, also in Erfüllung der Vertragspflichten eintritt. Demgegenüber soll es nach der sogenannten Folgetheorie [41] bereits genügen, wenn als wirtschaftliche Folge der Vertragserfüllung eine Wettbewerbsbeschränkung verursacht wird oder verursacht werden kann. Eine vermittelnde Auffassung, die sogenannte

---

38) Ders., Rechtsbegriff, S. 222

39) Ders., Marktmacht und Wettbewerb, S. 14f

40) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., § 1 GWB Anm. 28; BMWi, Kooperationsfibel v. 29.10.63; Frankf. Ktr., § 1 GWB, Tz. 26; Müller/Giessler, § 1 GWB, Rdz. 79; Müller-Henneberg § 1 GWB, Rdz 72; Benisch WuW 74, 69ff; Gleiss/Bechtold BB 73, 1142, 1145; WuW/E BWM 119.

41) Baur ZHR 134 (1970), 97ff, 122; Emmerich, Einführung, S. 36, 38; Kilian NJW 74, 291; Sandrock, Grundbegriffe, S 237ff, 243 (weitere Nachweise bei Müller-Henneberg, § 1 GWB Rdz 72, S. 94 oben).

Zwecktheorie [42], fordert, daß die Wettbewerbsbeschränkung nicht wie bei der Gegenstandstheorie zum Vertragsinhalt, wohl aber zum Vertragszweck, gehört.
Karsten Schmidt [43] hat versucht, diesen Theorienstreit durch eine Veränderung des in § 1 GWB verwendeten Vertragsbegriffes zu erübrigen.
Es mag dahinstehen, welche dieser Auffassungen sich letztlich durchsetzen wird. Diese Untersuchung legt jeweils offen, wann sich eine Wettbewerbsbeschränkung durch Streikhilfeabkommen nur nach den verringerten Anforderungen der Zweck- oder Folgetheorie feststellen läßt. In erster Linie wird hier jedoch die noch herrschende Gegenstandstheorie verwandt. Sie fordert die strengsten Tatbestandsvoraussetzungen für eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB, so daß die Tatbestandsmäßigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nach dieser Auffassung gleichlautende Subsumtionsergebnisse nach der Folgetheorie und nach der Zwecktheorie einschließt.
Bei der Subsumtion ist zwischen Ausgangssituation der Abkommenspartner und der Lage im Arbeitskampf zu unterscheiden.

2. Wettbewerbsbeschränkung durch den A b s c h l u ß von Streikhilfeabkommen

Säcker [44] ist der Auffassung, schon der bloße Abschluß von Kampfhilfeverträgen mitsamt ihren organisatorischen Vorbereitungen bedrohe die wettbewerbsbegünstigende Ausgangslage der vertragsbeteiligten Unternehmen. So sei der Vorwand, einen Streikhilfeplan zu erarbeiten, eine ver-

---

42) Fikentscher WuW 1960, 680, 681f; ders., Die Interessengemeinschaft, Köln 1966 (FIW Schriftenreihe Nr. 30) S. 47. Da der Vertragszweck regelmäßig Vertragsinhalt wird, dürfte kein nennenswerter Unterschied zur Gegenstandstheorie bestehen; vgl. Benisch DB 1969, 247, 251

43) Ders., ZHR 142 (1978), 147ff, 152, 157ff;
Ders., Kartellverbot und 'sonstige Wettbewerbsbeschränkungen' Köln 1968, S. 25f

44) ZHR 137 (1973) S. 481

lockende Tarnung für Frühstückskartelle und Investitionsabsprachen, die durch die notwendigen Kosten- und Kapazitätstransparenz genügend abgesichert würden.
Zunächst einmal ist die von Säcker betonte Transparenz durchaus nicht notwendig. Anbieterstützung, auch in Form von Rohstoffen, Halbprodukten und Vertragsübernahme, erfordert genau so viel Einblick in die Verhältnisse des Helfenden, wie die normale Lieferung an einen Kunden, nämlich entweder gar keinen oder nur recht begrenzten. Auch das Ausmaß des Hilfebedarfs läßt nur bedingt Rückschlüsse zu. Wenn dennoch die Abkommenspartner einander weiteren Einblick gestatten und zusätzlich zum Streikhilfeabkommen Kartelle oder abgestimmte Verhaltensweisen vorbereiten, so planen sie zwar eine Wettbewerbsbeschränkung, doch ist diese vom eigentlichen Streikhilfeabkommen zu trennen und berührt dessen wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht. Gegebenenfalls müssen die Kartellbehörden gegen solche begleitenden Kartellabsprachen vorgehen.

Gleiches gilt für den Fall, daß Streikhilfepartner unter dem Vorwand, Lieferhilfekapazitäten bereitzuhalten, ein verkapptes Marktinformationsverfahren über ihre jeweiligen Lieferpflichten vereinbaren [45]. Auch hier sind unzulässige Marktinformation und Kampfhilfevertrag zu unterscheiden. Diese Abgrenzung ist ohne weiteres durchführbar. Denn Liefervorbereitungen setzen nur Bedarfsmitteilungen, nicht aber Preisangaben voraus, wie sie für Marktinformationsverträge typisch sind. Außerdem sind vorbereitende Informationen nur im Vorfeld eines konkret drohenden Arbeitskampfes nötig, also zum Beispiel in dem meist kurzen Zeitraum zwischen Auslaufen eines alten und Abschluß eines neuen Tarifvertrages.

---

45) Da zwischen Kampfhilfepartnern nur sog. identifizierende MIV in Frage kämen, sehe ich sie mit BGH NJW 1975, 788ff (Aluminiumhalbzeug) und Emmerich NJW 1975, 1599 als wettbewerbsbeschränkend an. Die Gegenauffassung Knöpfles (NJW 1975, 986f) würde Streikhilfeverträge mit MI-Zusatz ohnehin als unproblematisch ansehen.

Auch die Abstimmung substitutionsfähiger Warensortimente beschränkt den - hier einmal unterstellten - Wettbewerb der Ausgangslage nicht. Gerade das Gegenteil ist zu erwarten. Je substitutionsfähiger die angebotenen Marktleistungen sind, desto besser können sie rivalisieren. Nach Sandrocks Wettbewerbsauffassung wird dadurch der Grad gegenseitiger Beeinflussung erhöht, aus Knöpfles Sicht würde die Sortimentsgleichheit den Zwang zum Qualitätswettbewerb verstärken und eine Entstehung bedrohlicher Marktmacht (Hoppmann) ist in dieser Abstimmung nicht zu sehen. Auch das Bereitstellen von Hilfskapazitäten durch ausbaufähige Fertigungsanlagen oder Lagerhaltung kann nur die Wettbewerbsfähigkeit der Partner steigern, indem sie deren Potential erhöht.
Überdies werden Kampfhilfevereinbarungen Nachahmungswettbewerb anregen, indem sie die Übernahme einer Innovation nicht nur mit der Renditeerwartung für schnelle Nachahmung einer Marktneuheit, sondern zusätzlich mit der Sicherheit möglicher Streikhilfe belohnen.
Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung des Abschlusses von Kampfhilfeverträgen ist für die Ausgangslage demzufolge nicht erkennbar.

3. Wettbewerbsbeschränkung durch den Inhalt von Streikhilfeverträgen

a. Streikhilfe in der Kampfvorphase

Vor Ausbruch eines Arbeitskampfes, insbesondere in der Phase gegenseitiger Tarifforderungen und Kampfdrohungen, bietet die vertraglich festgelegte Kampfhilfe mit ihrem Schutz vor Kampfwirkungen Rückendeckung für einen harten tarifpolitischen Kurs [46]. Dadurch werden tarifpolitische Entscheidungen von Unternehmen beeinflußt. Hierin könnte eine Wettbewerbsbeschränkung liegen. Voraussetzung dafür ist, daß lohnpolitisches Verhalten eines Unternehmens als

---

46) Ebenso Säcker, ZHR 137 (1973), S. 463

Wettbewerbshandlung gelten kann und diese Handlungsmöglichkeit beschnitten wird. Gerade das Gegenteil aber ist der Fall. Lieferhilfe und Kundenschutz geben dem kampfbedrohten Abkommenspartner erst die Möglichkeit, den Tarifforderungen der Arbeitnehmerseite nicht nachzugeben und ihnen mit Härte zu begegnen. Insofern fördern Streikhilfeabkommen Handlungsfreiheit. Darin eine Wettbewerbsbeschränkung zu sehen, ist ausgeschlossen. Auch nach Knöpfles Definition, derzufolge Wettbewerb auf wirtschaftlichen Reaktionszwängen beruht, läßt sich die lohnpolitische Absicherung durch Streikhilfe nicht als Wettbewerbebeschränkung werten. Dieser Wettbewerbsbegriff bezieht sich nämlich nur auf Entscheidungszwänge, die sich aus Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite ergeben, nicht aber aus lohnpolitischem Druck, den die Streikhilfe verringert [47]. Selbst wenn man tarifpolitischen Entscheidungen wegen ihrer Auswirkungen auf die Rentabilitätsgrenze wettbewerbsmäßige Bedeutung beimißt, so kann die E r w e i t e r u n g des Entscheidungsspielraumes nicht als Wettbewerbs b e s c h r ä n k u n g gelten. Nach Hoppmanns Wettbewerbsbegriff, der die Reaktionsfreiheit in den Vordergrund stellt, liegt deshalb keine Beschränkung vor.

Auch soweit Kampfhilfeverträge das Streikrisiko verringern und günstigere Planungsgrundlagen schaffen, wirken sie nicht wettbewerbsbeschränkend, denn größere Planungssicherheit erhöht den Anreiz von technischen und qualitativen Innovationen und damit die Wettbewerbsintensität.

b. Streikhilfe in der Kampfphase

Streikhilfe könnte während eines Arbeitskampfes vorhandenen Wettbewerb beeinträchtigen oder möglichen Wettbewerb verhindern.

---

47) Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" S. 234/35

Im Verhältnis zwischen helfendem und bestreiktem Vertragspartner scheinen Wettbewerbsbeschränkungen wegen der produktionsstörenden Wirkung von Arbeitkämpfen zumindest dann ausgeschlossen, wenn das Unternehmen kampfbedingt handlungsunfähig wird. Wettbewerb im kartellrechtlichen Sinn kann - und darin stimmen alle Definitionen überein - nur zwischen "Unternehmen" bestehen. Dieser wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff setzt Handlungsfhäigkeit als Wettbewerber voraus. In vergleichbaren Fällen, in denen Produzenten ähnlich wie bei einem Streik durch Kriegseinwirkung oder konkursbedingte Geschäftseinstellung ausfielen, liegt deshalb nach allgemeiner Auffassung kein Unternehmen i.S.d. § 1 GWB mehr vor [48]. Dies gilt auch für die Lähmung durch Tarifkämpfe. Wo ein Streik die Handlungsfähigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausschließt, entfällt ganz oder teilweise seine Unternehmenseigenschaft und damit seine Wettbewerbsstellung [49].

Aber auch, wenn insofern aktueller Wettbewerb fehlt, kann, insbesondere bei länger dauernden Arbeitskämpfen, potentieller Wettbewerb herrschen. Im Hinblick auf die neuerliche Handlungsfähigkeit des bestreikten Unternehmens nach dem Streikende setzen schon während des Tarifkonflikts zukunftsbezogene Wettbewerbshandlungen ein, um die vorübergehende Schwäche des Kämpfenden zu nutzen. Dieser potentielle Wettbewerb wird von allen hier verwendeten Wettbewerbsdefinitionen erfaßt [50]. Seine Beschränkung fällt nach einhelliger Rechtsauffassung unter § 1 GWB [51].

---

48) BGH NJW 1960, 145ff = WuW/E 359ff "Glasglühkörper"; BkartA in TB 1960, S. 47 (BT-Drucks. III/2734), geschildert in TB 1959, S. 41 "Melitta Papierfilter" (BT-Drucks. III/1795), zustimmend Langen § 1 GWB Rdz 55, S. 75; Müller-Henneberg, 2. Aufl. § 18 GWB Anm. 10

49) Ebenso lt. Säcker ZHR 137 (1973) 461 der Präsident des BkartA, Günther

50) Knöpfle Rechtsbegriff "Wettbewerb" S. 239; Sandrock, Grundbegriffe, S. 117f, 129 ("potentielle Rivalen"); Hoppmann, a.a.O., S. 41

51) BGH WuW/E 726/732 "Klinker"; Langen § 1 GWB Anm. 55; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 62; Sandrock, Grundbegriffe S. 118

Der streikbedingt handlungsunfähige Unternehmer ist grundsätzlich ein potentieller Wettbewerber. Durch die fortdauernde Zweckbestimmung seines Unternehmens ist er zur weiteren Betätigung auf dem Markt gezwungen. Die Überreste seiner streikbeeinträchtigten Marktposition werden ihn wieder auf den alten Markt zurücklocken, und der Zwang zur Amortisation getätigter Investitionen wird ihn zur Wiederaufnahme seiner vorübergehend verlorenen Anbieterstellung drängen. Aus der Streikphase heraus betrachtet, ist der bekämpfte Unternehmer zwar ohne aktuelle Wettbewerberposition, gleichzeitig aber der potentielle Wettbewerber par excellence. Das Vorhandensein potentiellen Wettbewerbs spiegelt sich darin wider, daß die übrigen Wettbewerber Maßnahmen gegen den Bestreikten ergreifen, um ihm die Rückkehr in seine ehemalige Marktstellung zu erschweren [52]. Dies können sie, indem sie schleunigst die freigewordenen Kunden für sich zu gewinnen suchen [53] oder wegen Fehlens des Konkurrenten ihre Gewinnspannen ausweiten und sich damit überlegene Finanzreserven für Preisunterbietungen nach Streikende schaffen.

aa: Inwieweit wird dieser potentielle Wettbewerb im Verhältnis zwischen dem Bestreikten und dem Helfenden durch Kampfhilfe beschränkt?

L i e f e r h i l f e bindet das zur Hilfe eingesetzte Leistungsvermögen, das der Helfende sonst für eigene Angebote hätte nutzen können. Damit verringert sich die Angebotskapazität des Helfenden. Sein Verhaltensparameter zu vorstoßendem Wettbewerb durch eine Angebotsausweitung ist beschränkt, nämlich auf einen engeren Spielraum freier Kapazität festgelegt (Sandrock). Im Sinne von Knöpfles Definition verringern sich dadurch die wettbewerblichen

---

52) Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb", S. 239; Krelle, Preistheorie, S. 48f; Sandrock, Grundbegriffe, S. 117

53) Säcker, a.a.O., S. 463

Chancen des helfenden Unternehmens. Nach Hoppmanns wirtschaftswissenschaftlicher Beschreibung von Wettbewerbsbeschränkungen läge eine Beschränkung des freien Zugangs zu Ressourcen vor, weil dem helfenden Unternehmen nicht mehr die volle Ausnutzung seiner Angebotskapazität freisteht; vielmehr ist es vertraglich gebunden, seine Kapazität in bestimmten Umfang für bestreikte Abkommenspartner einzusetzen.

Dementsprechend hat das Bundeskartellamt Kapazitätsverringerungen durch "Kollegenlieferungen" als wettbewerbsbeschränkend angesehen [54]. Demgegenüber sind Kraft/Hönn der Auffassung [55], eine schlichte Lieferbeziehung ohne Ausschließlichkeitsabrede enthalte keine Wettbewerbsbeschränkung [56]. Dies muß sicherlich insoweit als richtig gelten, als jeder Liefervertrag einen Teil der Angebotskapazität bindet und insofern die Angebotslage insgesamt verschlechtert. Ein derart selbstverständlicher Vorgang, der bei Abschluß eines jeden Vertrages eintritt, kann nicht als wettbewerbsbeschränkend verboten werden. Sonst würde zugleich jeder Geschäftsabschluß unmöglich gemacht. Darin, daß ein Geschäftsabschluß dem Markt einen Teil des Angebotes entzieht, kann also keine rechtlich faßbare Wettbewerbsbeschränkung liegen.

Davon ist nur dann eine Ausnahme geboten, wenn die Lieferbeziehung wie hier zu einem Konkurrenten als solchem besteht oder sogar für dessen Rechnung zu seinen Kunden. Soll diese "Kollegenlieferung" gerade dort helfen, wo der andere normalerweise Gegner ist, liegt nicht nur eine "schlichte Lieferbeziehung" vor, sondern gleichzeitig der Verzicht, sich mit dieser Lieferung gegenüber Konkurrenten in Vorteil zu setzen und die eigenen Marktchancen durch Gewinn zu erhöhen. Denn Lieferhilfe zu Selbstkosten

---

54) BkartA WuW/E 998 "Decken", S. 1000

55) ZHR 141 (1977), 238

56) Zustimmend auch Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 59a, 95; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 87, die jedoch anders als Kraft/Hönn darauf abstellen, ob die Vertragsbeteiligten sich als Wettbewerber oder gewöhnliche Abnehmer gegenübertreten

wirft als Solidarakt keinesfalls den gleichen Erlös ab wie Belieferung auf eigene Rechnung.
Diese Zusammenarbeit potentieller Konkurrenten läßt sich auch nicht mit dem Hinweis verharmlosen, kein Wirtschaftssubjekt sei verpflichtet, einem Wettbewerber jede Zusammenarbeit zu versagen, um ihn vom Markt zu verdrängen [57]. Zwar kennt unsere Rechtsordnung keine Pflicht zum Wettbewerb, wohl aber das Verbot, auf eigene Marktchancen einvernehmlich zu verzichten (§ 1 GWB). Lieferhilfe enthält, wie bereits dargelegt, nicht nur Zusammenarbeit, sondern auch einvernehmlichen Verzicht auf eigene Profitchancen.
Besonders deutlich ist die Beschränkung potentiellen Wettbewerbs durch K u n d e n s c h u t z k l a u s e l n . Sie schirmen den kampfbedingt verwaisten Marktanteil gegenüber gezielten Vorstößen der helfenden Unternehmen ab. Diese Wirkung tritt in gleicher Weise bei Abwerbungsverboten und Belieferungsverboten ein, da beide jedenfalls einen Wettbewerbsvorstoß in die entstandene Versorgungslücke verhindern [58]. Die Wettbewerbsbeschränkung liegt hier nicht in einer Verringerung der Angebotskapazität, sondern in einer Beschränkung der Adressaten für Angebote.

Für den Fall einer W o h l v e r h a l t e n s k l a u s e l , wie sie im Vertragswerk der Chemieindustrie von 1970 enthalten ist, soll dies nach Kraft/Hönn jedoch nicht gelten, wenn sie mit wirksamer Lieferhilfe zusammentrifft [59]. Die Wohlverhaltensklausel verbiete nur das Abwerben unter "Ausnutzung der Notlage", greife also gar nicht ein, wenn Lieferhilfe diese Notlage bereits beseitigt habe.

---

57) So aber Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 239

58) Diese beiden Formen der Kundenschutzklausel finden sich im abstrakten Muster unter § 2 Nr. 2 auf S. 202

59) A.a.O., S. 241

Für sich betrachtet ist diese Aussage unangreifbar. Für die Gesamtbeurteilung von Kampfhilfeabkommen ist sie jedoch irreführend. Gewiß kann Wettbewerb, der schon durch Lieferhilfe ausgeschlossen ist, nicht mehr durch Kundenschutz beseitigt werden. Doch ist dieser Fall theoretisch.

Eine kampfbedingte Versorgungslücke kann nur selten völlig durch Lieferhilfe geschlossen werden. Die erforderliche vollkommene Substitutionsfähigkeit und unverzügliche Leistungsbereitschaft sind fast nie gegeben. Aber selbst wenn dies zuträfe, wäre es wirklichkeitsfremd zu meinen, nun könne der Helfende, der die verwaisten Kunden erfolgreich beliefert, unabhängig davon mit denselben Kunden eigene Abschlüsse tätigen, ohne damit gleichzeitig die Notlage des Bestreikten auszunutzen.

Dies zeigt sich an folgendem Beispiel: Ein Süßwarenhersteller, dessen Lieferant für Rohzucker durch Arbeitskampf ausfällt, wird durch Kampfhilfelieferungen eines anderen Zuckerproduzenten versorgt. Will der Süßwarenhersteller während des Arbeitskampfes nun seine Rohzuckerabnahme erhöhen, wird er ohnehin in der Hoffnung auf Mengenrabatte und Sonderkonditionen bei seinem bisherigen Lieferanten kaufen. Gleiches gilt für den Neuabschluß eines auslaufenden Dauervertrages. Eine Abwerbung durch Preis- oder Qualitätswettbewerb ist dem Streikhelfer nicht möglich, da der Bestreikte bei Solidarhilfe zu Selbstkosten die gleiche Ware zu gleichen Gestehungskosten bieten kann, denn die Ware stammt aus der gleichen Quelle, nämlich von dem helfenden Hersteller. Nur unter e i n e m - allerdings ausschlaggebenden - Gesichtspunkt kann der Helfer diese Aufträge für sich gewinnen: Wenn sich herausstellt, daß der Bestreikte seine Lieferungen kampfbedingt nicht fortsetzen oder erhöhen kann und deshalb den Eindruck eines künftig unsicheren Geschäftspartners erweckt. Dann aber liegt wieder ein Ausnutzen der streikbedingten Notlage vor, das von der Wohlverhaltensklausel untersagt wird. Andere als die geschilderten Abschlußmöglichkeiten mit Kunden des Bestreikten hat das helfende Unternehmen nicht.

Folglich ergänzen sich Lieferhilfe und Kundenschutz in jedem Fall und verhindern in dieser Weise, daß das helfende Unternehmen Marktchancen im Absatzbereich des Bestreikten wahrnimmt.

Im Verhältnis der Abkommenspartner zueinander verhindern Streikhilfeverträge demzufolge potentiellen Wettbewerb [60].

bb: Für das Wettbewerbsverhältnis unter den nichtbestreikten Unternehmen wirken Kampfhilfeabkommen in ähnlicher Weise wettbewerbsbeschränkend, nur daß hier nicht potentieller, sondern aktueller Wettbewerb beschränkt wird.

- Lieferhilfe

Durch Lieferhilfeleistungen verzichten die helfenden Unternehmen darauf, ihre volle Angebotskapazität für den Wettbewerb untereinander einzusetzen, denn ein Teil ihrer Angebotskapazität wird den bestreikten Abkommenspartnern zur Verfügung gestellt und scheidet für den Wettbewerb der noch handlungsfähigen Unternehmen untereinander aus [61]. Insofern gilt das Subsumtionsergebnis für Lieferhilfe im Verhältnis zum Bestreikten entsprechend. Daß hier aktueller Wettbewerb und nicht, wie gegenüber dem Bestreikten, potentieller Wettbewerb beschränkt wird, ist im Ergebnis unerheblich.

Im übrigen tritt zwischen helfenden einerseits und unbeteiligten Unternehmen andererseits keine Wettbewerbsbeschränkung durch Streikhilfe ein. Eine wettbewerbsbeschränkende Verringerung der Angebotskapazität gegenüber dem nicht am Abkommen beteiligten Unternehmen ist durch die Streikhilfe nicht gegeben. Zwar hat sich die Angebotskapazität der Abkommenspartner (einschließlich der Bestreikten) insgesamt verringert, doch ist dies eine Folge des Arbeitskampfes und nicht der Lieferhilfe. Durch die

---

60) So letztlich auch Kraft/Hönn a.a.O., S. 240 und 241

61) Ebenso Hendriks Diss., S. 139; zust. Kraft/Hönn, a.a.O., S. 240

Lieferhilfe wird lediglich die Zurechnung der Angebotskapazität innerhalb des Kampfhilfeverbundes geändert, während sie im Verhältnis zu außenstehenden Unternehmen unverändert konkurrierend eingesetzt wird.

- Kundenschutzabkommen

Im Verhältnis helfender Unternehmen zueinander wird der zugunsten des Bestreikten geschützte Kundenkreis auch gegen Wettbewerb der helfenden Unternehmen abgeschirmt. Damit ist ein bestimmter Teil der möglichen Angebotsadressaten vom Wettbewerb der helfenden Unternehmen ausgenommen.

Der geschützte Kundenkreis bleibt auch im Verhältnis zu den Unternehmen außerhalb des Kampfhilfeverbundes vom Wettbewerb der Helfenden ausgespart. Im Unterschied zu den Beziehungen der Helfenden untereinander wirkt die Kundenschutzklausel gegenüber den Außenstehenden nur einseitig wettbewerbsbeschränkend, denn die außenstehenden Unternehmen können Wettbewerbsvorstöße auf diesen Kundenkreis unternehmen. Diese einseitige Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den außenstehenden Unternehmen dürfte zwar kaum im Interesse der Abkommenspartner liegen, stellt jedoch eine notwendige Folge der Kundenschutzabrede dar [62].

Lieferhilfe und Kundenschutzklauseln beschränken Wettbewerb deshalb in folgenden Konkurrenzverhältnissen

- zwischen dem Bestreikten und dem Helfenden
- zwischen den helfenden Unternehmen
- zwischen helfenden und unbeteiligten Unternehmen.

Entsprechendes gilt für den Verzicht, während des Arbeitskampfes Arbeitskräfte abzuwerben (P e r s o n a l - s c h u t z k l a u s e l n). Menschliche Arbeitskraft

---

62) Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen genügen zwar für die Anwendung des § 1 GWB, doch wäre diese Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den am Abkommen nicht beteiligten Drittunternehmen nicht von dem "gemeinsamen Zweck" i.S. d. § 1 GWB umfaßt. Dies verkennen Kraft/Hönn, a.a.O., S. 240 (FN 57)

bildet einen Produktionsfaktor, den alle Unternehmen mehr oder weniger stark nachfragen. Insofern liegen sie im Wettbewerb miteinander. Nach den drei hier berücksichtigten Wettbewerbsbegriffen [63] kann auch der Nachfragewettbewerb im Sinne des § 1 GWB beschränkt werden. Daß eine Beschränkung dieser Nachfragekonkurrenz vorliegt, steht bei einer solchen Personalschutzklausel außer Frage. Mittelbar kann die Verringerung dieses Nachfragewettbewerbs auch auf die Angebotsseite durchschlagen [64], nämlich wenn die Aufstockung des Personals eine Voraussetzung für Wettbewerbsverstöße bildet. Möglicherweise wirkt diese Verringerung des Nachfragewettbewerbs sich bei kurzfristigen Streiks, wie sie derzeit in der Bundesrepublik noch der Regel entsprechen, nicht spürbar aus. Grundsätzlich sind Personalschutzklauseln jedoch geeignet, eine offensive Personalpolitik während der Arbeitskämpfe zu unterbinden.

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, daß die typischen Bestandteile von Streikhilfeabkommen, Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutz, während des Arbeitskampfes wettbewerbsbeschränkend wirken. Ihre Wettbewerbsbeschränkungen treten jeweils mit der vertraglichen Streikhilfeleistung ein, sie sind also Vertragsgegenstand i.S.d. Gegenstandstheorie.

c: Streikhilfe als Wettbewerbsbeschränkung in der Kampfnachphase

Auch nach Ende des Tarifkampfes kann eine Wettbewerbsbeschränkung nur dort eintreten, wo Wettbewerb besteht oder wenigstens ohne die Beschränkung vorhanden gewesen wäre.

Grundsätzlich erscheinen nach Streikende mit Wiederaufnahme der vollen Produktion wieder die Wettbewerber auf dem Markt, die zu Beginn des Tarifkonflikts vorhanden waren.

---

63) Vgl. FN 33, 34, 35, insbes. Hoppmann, a.a.O., S. 40ff
64) Rieger, Diss., S. 181f

Sofern also vor dem Kampf Wettbewerb unter den Marktteilnehmern bestand, werden seine Voraussetzungen nach Kampfende erneut in Kraft gesetzt. Insofern scheidet eine Verringerung vorhandenen Wettbewerbs durch Kampfhilfeverträge aus [65].

Streikhilfeabkommen könnten aber wettbewerbsbeschränkend wirken, soweit sie möglicherweise zusätzlich Wettbewerbshandlungen verhindern, die sonst nach Arbeitskämpfen eintreten.

So entsteht während des Arbeitskampfes ohne Streikhilfe zwischen den nichtbestreikten Konkurrenten Wettbewerb um die Verteilung der vorübergehend freigewordenen Marktstellung [66]. Dieser Konkurrenzkampf richtet sich während des Tarifkonflikts auch gegen das bestreikte Unternehmen als potentiellen Konkurrenten [67]. Da es während des Arbeitskampfes gegenüber Wettbewerbern nicht verteidigungsfähig ist, wird es Teile seiner alten Marktposition zumindest vorübergehend an handlungsfähige Konkurrenten verlieren. Nach dem Streikende kehrt es gleichsam auf den Markt zurück und versucht, die Konkurrenten aus seiner verlorengegangenen Position wieder zu verdrängen. Zu diesem vorstoßenden Wettbewerb ist der Bestreikte schon gezwungen, um seine bisherige Produktionskapazitäten mit hinreichender Rentabilität auszunutzen; mit anderen Worten, seine aus der Kampfvorphase vorhandene Unternehmensgröße zwingt ihn, die Einbußen der Kampfperiode in der Nachphase auszugleichen. Dieser Zwang zu offensiver Marktstrategie schlägt sich in einem Wettbewerbsverhalten nieder, das eine fühlbare Abhängigkeit von den Erfolgsaus-

---

65) Daraus läßt sich aber nicht umgekehrt ableiten, Streikhilfe erhalte für die Zeit nach dem Arbeitskampf Wettbewerb, indem sie bedrohte Wettbewerber vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch rette. Denn Arbeitskämpfe werden von der Arbeitnehmerseite grundsätzlich nicht bis zur Gefährdung der Arbeitsplätze ausgedehnt.

66) S.o. S. 48

67) S. o. S. 43

sichten anderer Unternehmen zeigt (Sandrock) [68] und eine wettbewerbstypische Antwort auf den Konkurrenzdruck anderer (Knöpfle) [69] enthält. Auch nach Hoppmanns Wettbewerbsbegriff ist dieser Verdrängungsvorstoß in der Kampfnachphase als charakteristisches Konkurrenzverhalten zu werten [70].

Da dieser vorstoßende Wettbewerb aber nur als Antwort auf Einbußen aus der Kampfphase entsteht, wird er durch jede Maßnahme verhindert oder beschränkt, die diese Einbußen abwendet. Streikhilfe schützt vor einem Verlust von Marktanteilen. Positionen, die während des Arbeitskampfes geschützt werden, brauchen nach seinem Ende nicht durch vorstoßenden Wettbewerb zurückgewonnen zu werden. Deshalb wirken Kampfhilfeabkommen noch nach dem Tarifkampf wettbewerbsbeschränkend, indem sie den Anlaß für sonst zwingend erforderlichen Wettbewerb beseitigen.

Hieran ändert sich auch nichts, wenn die Kampfhilfeleistungen wegen kartellrechtlicher Bedenken zeitlich auf die Streikperiode und ihren nachweisbaren Folgestörungen beschränkt bleiben [71]. Der wettbewerbsverursachende Zusammenhang von Markteinbußen während des Tarifkonflikts und ihrem anschließenden Ausgleich durch vorstoßenden Wettbewerb ist wirtschaftlich zwingend und von der Hilfsdauer unabhängig.

Gleiches gilt für den Nachfragewettbewerb um Arbeitskräfte. Lücken, die während des Arbeitskampfes ohne Personalschutz eingetreten wären, müßten nach Kampfende neu auf-

---

68) S.o. FN 33

69) S.o. FN 34

70) Hoppmann, Problem der Definition, S. 41f

71) Eine derartige Beschränkung auf nachweisbare Folgewirkungen wird in den "Empfehlungen zum Ausführungsvertrag" der Deutschen Chemischen Industrie unter Nr. 2 angeraten (Quelle: Säcker ZHR 137, S. 457). Die Solidaritätsbeschlüsse der Brauereiverbände wurden, da sie einen pauschalen Nachwirkungszeitraum vorsahen, als unwirksam eingestuft. Vgl. TB BkartA 1962, S. 52f

gefüllt werden. Bei Arbeitskräfteknappheit würden sich diese Neueinstellungen nur auf Kosten der anderen Unternehmen durch Abwerbung durchführen lassen.
Doch sind diese Wettbewerbsbeschränkungen nicht Gegenstand vertraglicher Pflichten aus dem Streikhilfeabkommen. Bestreikte und nicht bestreikte Abkommenspartner sind darin frei, nach dem Ende des Arbeitskampfes beliebig Wettbewerbshandlungen vorzunehmen. So könnte der Bestreikte auch ohne "Rückeroberungsbedürfnis" Wettbewerbsvorstöße unternehmen - freilich ist dies nicht zu erwarten. Zumindest fehlt ein zwingender Rückeroberungsbedarf, wie er sonst gegeben wäre, wenn der Bestreikte während des Arbeitskampfes Marktanteile eingebüßt hätte. Damit fehlt ein wesentlicher Anreiz für streikbedingten Wettbewerb in der Kampfnachphase. Der sonst nach dem Ende des Arbeitskampfes gegebene Wettbewerb wird also beschränkt. Die Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch nicht Gegenstand vertraglicher Streikhilfe, sondern bildet nur eine wirtschaftliche Folge der Streikhilfeleistungen aus der Kampfphase.
Deshalb liegt nach der Gegenstandstheorie keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB vor. Ob die Beschränkung des Rückeroberungswettbewerbs in der Kampfnachphase nach den Maßstäben der Zwecktheorie zum Vertragszweck des Streikhilfeabkommens gehört, erscheint zumindest zweifelhaft. Streikhilfeabkommen sollen zur Förderung der Solidarität den Konkurrenzdruck während des Arbeitskampfes verringern. Daß sie damit gleichzeitig dem Bestreikten einen Rückeroberungsvorstoß nach dem Ende des Tarifkonflikts ersparen, gehört zwar zu den wirtschaftlichen Folgen der Streikhilfe, ist jedoch von dem Solidaritätsinteresse - zumindest auf Seite der helfenden Unternehmen - nicht mit umfaßt. Deshalb können die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Kampfhilfeabkommen in der Kampfnachphase auch nicht nach der Zwecktheorie als tatbestandsmäßig i.S.d. § 1 GWB gelten.
Hingegen ließe sich ihre Tatbestandsmäßigkeit nach der Folgetheorie fraglos bejahen: Das Unterbleiben von Wettbewerb zur Rückeroberung in der Kampfnachphase beruht

vorhersehbar darauf, daß Streikhilfeleistungen während des Arbeitskampfes Wettbewerbsnachteile des Bestreikten aufgefangen oder gemildert haben.

Ergebnis:
Auch in der Kampfnachphase wirken Streikhilfeverträge wettbewerbsbeschränkend. Diese Wettbewerbsbeschränkung kann jedoch nur nach den Maßstäben der Folgetheorie als tatbestandsmäßig i.S.d. § 1 GWB gelten.

C: Eignung von Streikhilfeabkommen zur Beeinflussung von Märkten für Waren oder gewerbliche Leistungen (Gütermärkten)

a: Lieferhilfe und Kundenschutzabkommen

Beide Abreden beziehen sich unmittelbar auf den Gütermarkt: Sie betreffen die Versorgung der Marktgegenseite und die Marktstellung eines bestreikten Konkurrenten in dessen Eigenschaft als Anbieter. Beide Solidaritätsmaßnahmen unterbinden während des Tarifkonflikts den Konkurrenzkampf um freigewordene Marktanteile und erübrigen auf diese Weise auch den Rückeroberungswettbewerb, der sonst nach Streikende nötig wäre, um die frühere Marktsituation wieder herzustellen. Ohne Kampfhilfe würden diese Wettbewerbsphasen die Angebotslage für die Marktgegenseite verbessern. Werden sie unterbunden, kann darin eine negative Beeinflussung des jeweiligen Gütermarktes liegen.
Nach Rechtsprechung und h.M. muß diese Beeinflussung quantitativ spürbar sein, um für § 1 GWB berücksichtigt werden zu können [72].

---

72) BGH WuW 369 (372f) "Kohlenplatzhandel", 486 (491), "SPAR", 726 (730), "Klinker", BGHZ 68, 6, 11 "Fertigbeton" Frankfr. Ktr. § 1 GWB ERgänzung zu Rdz 50; Müller/Giessler ebenda Rdz 104, S. 84 ;Müller-Henneberg ebenda, Rdz 103, S. 119

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses selbst und in der Kampfvorphase fehlt diese Spürbarkeit, da ohnehin jegliche Wettbewerbsbeeinträchtigung fehlt [73].

Nach Auffassung von Kraft/Hönn soll es für die Zeitspanne während des Arbeitskampfes und nach seinem Ende, wenn Kampfhilfe wettbewerbsbeschränkend wirkt, darauf ankommen, ob es sich um kurze oder um lange Arbeitskämpfe handelt [74]. Im Regelfall seien Arbeitskämpfe kurz und überwiegend ohne einschneidende Wirkung für den Markt. Würden ihre Wirkungen durch Kampfhilfe gedämpft, so liege keine hinreichend spürbare Marktbeeinflussung vor. Nach dieser Ansicht wirkt Streikhilfe nur in Ausnahmefällen spürbar marktbeeinflussend.
Diese Überlegung trägt zur rechtlichen Beurteilung von Kampfhilfeabkommen nicht bei. Es ist selbstverständlich, daß die Kampfhilfeabkommen dort, wo Arbeitskämpfe nur kurz sind, schon deshalb keine Wirkungen entfalten, weil auch Streikhilfeleistungen bei unbedeutenden Beeinträchtigung der Versorgungslage nicht wirken. Sie sind dann nämlich nicht erforderlich. Insofern bilden kurze Streiks, z.B. Warnstreiks, nicht den typischen "Bündnisfall" für Kampfhilfeabkommen. Für sie gilt deshalb das Subsumtionsergebnis für die Kampfvorphase: Weder eine Wettbewerbsbeschränkung noch eine Marktbeeinflussung liegen vor.

Außerdem ist der Sachverhalt, auf den sich die Überlegung von Kraft/Hönn stützt, unzutreffend. Arbeitskämpfe in der Bundesrepublik sind nicht grundsätzlich kurz. Im Gegenteil haben die Arbeitskämpfe der Jahre 1977 und 1978 (Druckindustrie, Stahlindustrie) jeweils mehrere Wochen gedauert. Zwar sind Arbeitskämpfe dieses Ausmaßes in der Bundesrepublik selten, doch sind sie jeweils aufgrund ihrer Dauer geeignet, die Marktanteile der bestreikten Unternehmen zu verringern. Kampfhilfeleistungen die dieser

---

73) S.o. S. 39, 41f deshalb kann hier dahinstehen, ob etwa eine potentielle Spürbarkeit gegeben wäre.

74) Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 243

Verringerung entgegenwirken können, verhüten Veränderungen der Marktanteile und sind damit geeignet, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen [75].

b. Personalschutzklauseln

Streikhilfeabkommen können durch ihre Personalschutzabreden den Gütermarkt mittelbar beeinflussen, indem sie streikbedingte Gefährdungen des Belegschaftbestandes jedenfalls von Seiten der Abkommenspartner ausschließen. Sie zementieren hierdurch eine Voraussetzung für die Konkurrenzfähigkeit auf dem Gütermarkt. Das Ausmaß dieser Schutzwirkung oder umgekehrt beschrieben, das Ausmaß der verhinderten Gefährdung für die Arbeitskräfteversorgung des Bestreikten, entscheidet darüber, ob dieser Einfluß auf dem Arbeitsmarkt spürbar bis zum Gütermarkt durchschlägt. Hierfür gibt es wegen der vielfältigen Wirkungsvoraussetzungen keine allgemein gültigen Regeln. Da aber grundsätzlich eine mittelbare Beeinflussung des Gütermarktes auf diesem Wege möglich ist [76] und sich für einzelne Streikhilfeabkommen auch nachweisen läßt, bleibt zu fragen, ob die Eignung zur Beeinflussung der Gütermärkte wenigstens in diesen Fällen erfüllt ist.

Grundsätzlich ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Personalschutzabreden insofern zweifelhaft, als sie primär das Nachfrageverhalten auf dem Arbeitsmarkt regeln. Nach ganz herrschender Meinung genießen Sachverhalte des arbeitsrechtlichen Bereichs einen kartellrechtlichen Freiraum. Unter Hinweis auf die in § 1 GWB enthaltene Formulierung "Märkte für Waren oder gewerbliche Leistungen" gehen sowohl die Begründung zum Regierungsentwurf [77]

---

75) Auch die Zementierung von Marktanteilen ist als Beeinflussung der Marktanteile zu werten; BGH WuW/E 451, 455; Kraft/Hönn, a.a.O. S. 243

76) Anschaulich bei Rieger Diss., S. 181f zum Gagenstopabkommen

77) BT-Drucks. II/1158, S. 30

wie auch Literatur [78] und Bundeskartellamt [79] von einem arbeitsrechtlichen Freibereich im Kartellverbot aus. Auch hier soll zunächst von dieser herrschenden Auffassung ausgegangen werden. Jedoch ist auch auf ihrer Grundlage strittig, ob Abwerbungsverbote, die insbesondere in Zeiten einer Arbeitskräfteverknappung spürbare Bedeutung für Gütermärkte erlangen, allein unter dem Gesichtspunkt ihrer Wirkungen für den Arbeitsmarkt vom Kartellverbot auszunehmen sind.

Diese Frage ist schon unabhängig von Kampfhilfevereinbarungen für sogenannte A n t i f l u k t u a t i o n s - a b k o m m e n erörtert worden, in denen die beteiligten Unternehmen durch Abwerbungsverbote sicherstellten, daß sie sich bei der Beschaffung knapper Fachkräfte nicht gegenseitig über Gebühr überboten und behinderten [80]. Die Überlegungen zu diesen Abkommen lassen sich grundsätzlich auf die Abwerbungsverbote in Kampfhilfevereinbarungen übertragen, da ihre möglichen Folgewirkungen für den Gütermarkt sich im Ergebnis gleichen. So wollte Reimann [80] derartige Abwerbungsverbote anders als die vom Kartellrecht ausgenommenen arbeitsrechtlichen Sachverhalte dann dem § 1 GWB unterwerfen, wenn sie den Unternehmen einen möglichst weitgehenden Besitzstand an Belegschaft sichern sollten. Dagegen sollten sie von § 1 GWB ausgenommen bleiben, wenn sie sich in erster Linie auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bezogen. Gegen diese Differenzierung spricht zunächst, daß sie keine klar gegeneinander abgrenzbare Begriffe verwendet. Was den Belegschaftsbestand gegen Konkurrenten sichern soll, mag gleichzeitig in das Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber hineinwirken (z.B. Sonderkredite der Banken an eigene Angestellte, um Abwerbungen vorzubeugen). Verfehlt erscheint auch Reimanns Versuch, die Abkommen je nach

---

78) Dörinkel WuW 1966, 933, 938; Müller/Giessler § 1 Rdz 103; Müller-Henneberg § 1 Rdz 92

79) BkartA WuW/E 339f und 502ff (506)

80) Reimann, a.a.O., S. 158

ihrem primär tarifpolitischen oder primär wettbewerblichen Ziel einzuordnen [81], denn das Kartellverbot erfaßt sie allein nach ihrer objektiven Wirkung [82], also auch in ihrer etwaigen Nebenwirkung.

Nach Ansicht von Jäger [83] sollen Personalschutzklauseln für Arbeitskräfte grundsätzlich vom Kartellverbot ausgenommen sein, weil sie auf das Arbeitskräfteangebot und damit auch auf das Verhältnis der Sozialpartner einwirkten; die Berücksichtigung der Wettbewerbswirkungen dieser Vereinbarungen auf dem Gütermarkt hält er für unbegründet. Dieser Ansicht ist zumindest im Zusammenhang mit der Fragestellung dieses Untersuchungsabschnitts entgegenzuhalten, daß sie die nachweisbaren gütermarktlichen Folgewirkungen [84] grundlos außer acht läßt [85].

Das Bundeskartellamt hat, soweit ersichtlich, über Personalschutzabsprachen noch nicht entscheiden müssen. Im Zusammenhang mit bedingt vergleichbaren Fragen [86] hat es Vereinbarungen auch dann dem arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich zugeordnet, wenn diese erkennbar wettbewerbliche Folgen hervorriefen [87]. Dieser Freibereich wurde aber insofern eingeschränkt, als sich aus der "horizontalen einheitlichen Festlegung von Arbeitsbedingungen" unmittelbar ein Bezug zum "vertikalen Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis" ergeben müsse [88]. Letztlich mündet dieser Abgrenzungsversuch in die Unterscheidung von Arbeitsmarkt und Arbeitsverhältnis: Was vertikal (im Arbeitsverhältnis) wirkt, soll von § 1 GWB ausgenommen sein, während hori-

---

81) Ders. WRP 1962, 151ff sowie FN

82) Unstr. BGHZ 31, 111f; Emmerich, a.a.O., S. 36

83) Ders., WRP 1961, 143

84) Arbeitshypothese, s.o. S. 56

85) Ebenso Reimann, a.a.O., S. 158; sein Hinweis auf WuW/E BWM 41 (ebenda FN 4) ist jedoch verfehlt, da dieses Schreiben die Vereinheitlichung von Arbeitsverträgen, also einen ganz anderen Fall betraf

86) BKartA WuW/E 502 "Gagenstop"; 339 "Sonnabendarbeitszeit"

87) BKartA WuW/E 506

88) BKartA WuW/E 340

zontale (arbeitsmarktliche) Regelungen unter das Kartellverbot fallen [89]. Eine derartige Trennung ist zwischen diesen so eng miteinander verknüpften Bereichen nicht zu rechtfertigen. Insbesondere Abwerbungsverbote können gleichzeitig horizontal zu einer Beruhigung des Arbeitsmarktes beitragen und vertikal die individuellen Möglichkeiten für einen Wechsel des Anstellungsverhältnisses beeinflussen.

Eine grundsätzliche Ausnahme der Personalschutzklauseln von § 1 GWB läßt sich ebensowenig damit begründen, diese Abwerbungsverbote seien innerbetriebliche Maßnahmen [90]. Derartige Einflußnahmen auf den Arbeitsmarkt und die Verteilung von Arbeitskräften gehen in ihren Wirkungen weit über Innerbetriebliches hinaus. Die Besonderheit einer unternehmensinternen Entscheidung liegt gerade darin, daß sie Veränderungen allein innerhalb eines Unternehmens verursacht. Deshalb lassen sich Personalschutzabkommen, deren Wirkung vornehmlich auf externer Mitwirkung - d.h. der Mitwirkung anderer Unternehmen - beruht, nicht unter den Begriff innerbetrieblicher Maßnahmen fassen und dadurch vom Kartellverbot ausnehmen.

Aus diesen Gründen können die beschriebenen Lösungsversuche insgesamt nicht überzeugen. Sie beziehen sich auf eine Formulierung in § 1 GWB, die eine klare Abgrenzung in Zweifelsfällen nicht ermöglicht. Soweit sich das Kartellverbot gezielt auf die Beeinflussungen von Gütermärkten bezieht, grenzt es sicherlich alle rein arbeitsmarktlichen Vorgänge aus. Diese eindeutige Abgrenzung scheitert aber bei Sachverhalten, die sowohl güter- als auch arbeitsmarktliche Wirkungen zeigen. Ein solcher Differenzierungsansatz wird durch die Wechselbezüglichkeit von Güter- und Arbeitsmärkten verhindert. Kampfhilfever-

---

89) Hübner, Diss., S. 11

90) So aber Frankf. Ktr. § 1 Rdz 29 mit besonderer Berücksichtigung von Verteilungsabreden über knappe Arbeitskräfte

träge können deshalb nicht wegen eines arbeitsrechtlichen Freibereiches im Kartellrecht von § 1 GWB ausgenommen sein.

Die oben (S.18f) beschriebenen mittelbaren Wirkungen der Personalschutzklauseln in Kampfhilfeverträgen genügen somit, um ihre Eignung zur Beeinflussung von Gütermärkten zu bejahen.

Zusammenfassung:

Unter Zugrundelegung der herrschenden Rechtsauffassung und bei gleichzeitiger Aussparung aller bisher zu Kampfhilfeverträgen entwickelten Sondererkenntnisse, erfüllen Streikhilfeabkommen den Tatbestand des § 1 GWB [91].
Dies gilt ohne Ausnahme für ihre drei Hauptbestandteile Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutz.
Demgemäß wären Kampfhilfeverträge nichtig, ihre Erfüllung nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB sogar als Ordnungswidrigkeit strafbar, wenn sich nicht aus ihren Eigenheiten oder den Besonderheiten der von ihnen betroffenen Märkte etwas anderes ergibt.

---

91) Im Ergebnis unstreitig Hendriks, Diss., S. 147ff ders. ZHR 141 S. 8; Hübner, Diss., S. 11; Kraft/Hönn, a.a.O., S. 244; Rieger, Diss., S. 183; Säcker ZHR 137, S. 467

II. Rechtspolitische Würdigung der Streikhilfeabkommen

1. Ergebnisse des Schrifttums

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß Streikhilfeverträge tatbestandsmäßig gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßen, sofern man sie nach den Definitionen der herrschenden Rechtsauffassung überprüft [92]. Dennoch werden Kampfhilfeabkommen überwiegend als wettbewerbsrechtlich zulässig angesehen [93]. Diese Auffassungen werden zwar unterschiedlich begründet, gehen jedoch übereinstimmend von der, meist stillschweigenden, Prämisse aus, das wettbewerbsrechtliche Subsumtionsergebnis sei unbefriedigend. Gelegentlich werden Streikhilfeabkommen sogar mit rechtspolitisch erwünschten Wettbewerbsbeschränkungen, wie beispielsweise dem Doppelsteckerfall [94], auf eine Stufe gestellt [95].
Es fragt sich, ob eine derartige kartellrechtliche Sonderbehandlung von Kampfhilfeverträgen gerechtfertigt ist.

Unser Recht schützt Wettbewerb aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gründen [96]. Wettbewerb gilt, jedenfalls in den Ländern mit marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnung, als erwünschtes Phänomen, seine Beschränkung wird allgemein bekämpft. Dieses Konzept beruht auf der Erwartung, Wettbewerb steigere die ökonomische Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftssystems und/oder bringe Hand-

---

92) S.o. S. 60

93) BKartA "Arbeitsunterlage" S. 32; Frankf. Ktr. § 1 Rdz 29;, Hübner, Diss., S. 66f; Kraft/Hönn, a.a.O., (FN 61) S. 255; Müller/Giessler § 1 Rdz 117; Müller-Henneberg § 1 Rdz 113; Reimann WRP 1962, 153; Rieger, Diss., S. 183ff

94) Brief des BKartA vom 20.2.1960 Wuw/E BKartA 145 "Doppelstecker"

95) Hübner, Diss., S. 63ff; Rieger, Diss. II. Teil, S. 91ff

96) Dazu Begründung des RegE in BT-Drucks II/1158 Anlage 1, S. 21

lungsfreiheit mit sich [97]. Sowohl die ökonomische Leistungssteigerung als auch ein Optimum an Handlungsfreiheit gelten in unserer marktwirtschaftlich freiheitlichen Gesellschaftsordnung als wertvoll.
Die Frage, ob diese Erwartung grundsätzlich gerechtfertigt ist, besitzt für die Anwendung unseres Kartellgesetzes keine Bedeutung; sie betrifft die gesellschaftspolitische und gesetzgeberische Konzeption im Grundsätzlichen. Die Entscheidung für den Wettbewerbsschutz ist mit dem GWB vorgegeben.
Danach sind wettbewerbsbeschränkende Verträge wie Kampfhilfeabkommen grundsätzlich unerwünscht. Zweifel ergeben sich rechtspolitisch nur dann, wenn dieses Ergebnis der gesetzgeberischen Konzeption des GWB selbst zuwiderläuft, d.h., wenn etwa ein Verbot von Streikhilfeverträgen unserer Wettbewerbsordnung eher schadet als nützt. Insofern ist maßgeblich, welche Bedeutung diese Abkommen im Zusammenhang des Wettbewerbs mit seinen erwünschten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ergebnissen besitzen.

2. Schutzwürdigkeit des tarifpolitisch verursachten Wettbewerbs (Streikwettbewerb)

Streikwettbewerb könnte als unerwünscht gelten, wenn er den Vorteilserwartungen des Wettbewerbsschutzes nicht gerecht würde oder sogar die erhofften Vorteile vereiteln würde. Hierfür ist entscheidend, welche Vorteilserwartungen den Wettbewerbsschutz tragen. Dies ist im einzelnen umstritten.

---

97) Clark, Competition as a Dynamic Process S. 63ff; Kantzenbach, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 15ff; Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbs-Politik, Berlin 1973, S. 33

a: Die rechtspolitischen Gründe des Wettbewerbsschutzes

Eine im wesentlichen von Hoppmann vertretene Auffassung begründet den Wettbewerbsschutz vorrangig mit gesellschaftspolitischen Erwägungen [98]. Nach dieser Meinung ist Wettbewerb gleichzeitig als Ausübung und als Garantie bestmöglicher Handlungsfreiheit zu schützen. Die Wettbewerbsfreiheit soll danach das Ziel des Wettbewerbsschutzes sein [99]. Sie trage ihren Wert in sich selbst und sei schutzwürdig, ohne daß es auf die - angeblich immer damit verbundenen - ökonomische Nützlichkeit ankomme [100].

Demgegenüber meint Kantzenbach [1], Wettbewerb sei zwar auch wegen der mit ihm verbundenen gesellschaftspolitisch erwünschten Wirkungen wertvoll, doch könne es für seine rechtspolitische Schutzwürdigkeit nur darauf ankommen, ob und inwieweit Wettbewerb den ökonomischen Funktionen diene, die ihm allgemein zugesprochen werden. Nach Kantzenbach ist Wettbewerb als Instrument geschützt [2]. Die gesellschaftspolitisch wünschenswerte Handlungsfreiheit könne mit ihm einhergehen, jedoch auch im Widerspruch zu seiner ökonomisch größtmöglichen Wirksamkeit stehen [3].

---

98) Hoppmann JNSt Bd. 179 (1966) 286ff, 289; Bd. 181 (1967/68), 251ff; Bd. 184 (1970), 397ff, 414; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. 1969 S. 66ff, 134f. Auch wird der Wettbewerbsschutz aufgrund seiner freiheitsschützenden Wirkung durch Machtausgleich als unerläßliche Ergänzung unserer Privatrechtsordnung angesehen; so Biedenkopf in Böhm-FS 1965, S. 113ff, 117, 132f; Mestmäcker AcP Bd. 168, S. 235ff, 240

99) Hoppmann ebenda (FN 98) und in Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977 S. 23f; v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, S. 285ff

100) Hoppmann, Marktmacht u. Wettbewerb S. 18ff

1) Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs 1. Aufl. Göttingen 1966 S. 13f und 2. Aufl. Göttingen 1967 S. 15ff; JNSt Bd. 181, 193ff, 195

2) Ders. JNSt Bd. 181, 199ff

3) So auch Emmerich, Einführung, S. 6; Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik S. 42ff, 67ff; Säcker, Zielkonflikte, S. 18ff

Dieser Meinungsstreit ist noch nicht ausgetragen. Auch im angloamerikanischen Recht, wo diese Diskussion weit eher als in Deutschland begonnen hat [4], hält die Erörterung an.

Diese Untersuchung folgt der Auffassung Kantzenbachs. Als rechtspolitischer Sinn des Wettbewerbsschutzes wird also die ökonomische Funktionstauglichkeit des Wettbewerbs zugrundegelegt. Dies ermöglicht es, verschiedene Wettbewerbsvorgänge nach ihrer unterschiedlichen ökonomischen Wirksamkeit abgestuft zu beurteilen. Außerdem wird Kantzenbachs Auffassung inzwischen in der Gesetzgebung [5], in der Rechtsprechung [6] und vom Bundeskartellamt [6a] - zumindest unter anderem - angewandt. Die nachstehenden rechtspolitischen Erwägungen gehen also vom funktionsfähigen Wettbewerb aus, dessen Schutzwürdigkeit durch folgende nutzbringende Funktionen begründet ist [7]:

- Steuerung der Einkommensverteilung nach der Marktleistung,
- Steuerung des Angebots nach Konsumentenwünschen,
- Optimierung der Faktorallokation,
- Förderung des technischen Fortschritts,
- Förderung der Anpassungsflexibilität der Wirtschaft.

Diese Aufzählung ist nicht notwendig abschließend, erfaßt jedoch die wesentlichen erwünschten ökonomischen Wettbewerbsfunktionen.

---

4) Vgl. Poeche, Jürgen, Das Konzept der "Workable Competion" in der angelsächsischen Literatur, Köln 1970

5) RegBegrdg. z. 2. GWB Novelle zu II (abgedruckt bei Kartte, Leitbild, S. 108ff, 109)

6) BGH im Beschl. v. 16.12.76 KVR 2/76 (Valium/Librium) S. 19, 24

6a) TB BKartA 1977, S. 35 (BT-Drucks. 8/1925)

7) Nach Kantzenbach JNSt. Bd 181, 196

b: Nachteile des Streikwettbewerbs aus rechtspolitischer Sicht

Sowohl der potentielle Wettbewerb in der Kampfphase als auch der Verdrängungswettbewerb nach Kampfende fordern von den beteiligten Unternehmen typische Konkurrenzbemühungen, die sie zur erwünschten Entfaltung ihres Leistungsvermögens zwingen. Dieser Wettbewerb aus Anlaß eines Arbeitskampfes ist also im Ablauf selbst durchaus funktionsgeeignet [8]: Unter den bestreikten Unternehmen wird das konkurrenz- und leistungsfähigste die nachteiligen Folgen des Arbeitskampfes am ehesten überwinden und sich gegenüber den zwischenzeitlich bevorteilten nicht bestreikten Konkurrenten am besten durchsetzen können.

Am nachhaltigsten wirkt Streikwettbewerb jedoch im Verhältnis des Bestreikten zu seinen kampfverschonten Konkurrenten. Der streikgelähmte (potentielle) Wettbewerber steht nicht mehr in einem Prozeß der Leistungsauslese, sondern gerät durch seinen Arbeitskampf in eine benachteiligte Position. Seine nicht bestreikten Marktgegner können während der Kampfdauer seine Handlungsunfähigkeit zu Wettbewerbsvorstößen mit Zeitvorteil ausnutzen. Eine Gegenwehr ist ihm in dieser Lage nicht möglich. Sein anschließender Rückeroberungsversuch erfolgt aus der von vornherein benachteiligten Position des Angreifers, denn es genügt nicht, eine gleichwertige Marktleistung anzubieten, um Kunden abzuwerben - eine bessere Leistung ist nötig, um den Kunden zu veranlassen, die Lieferbeziehung zu wechseln und sich anstelle eines bekannten Lieferanten einem unbekannten Geschäftspartner zuzuwenden.

aa: Streikwettbewerb als Verzerrung des marktwirtschaftlichen Belohnungssystems

Leistungssteigerung durch Wettbewerb beruht auf leistungsgerechter Verteilung von Belohnungen, die in Gestalt wirt-

---

8) Übereinstimmend Hendriks, Diss., S. 147

schaftlicher Vorteile eintreten [8a]. Die leistungsbezogene Verteilung dieser Belohnungen ist Voraussetzung dafür, daß die Marktteilnehmer sich um Leistungssteigerungen bemühen. Zwischen wettbewerblichen Vorzügen wie Anpassungsflexibilität, optimaler Faktorallokation und Progressivität einerseits und seinem marktwirtschaftlichen Erfolg andererseits muß also ein positiver Zusammenhang bestehen. Dabei genügt es nicht, daß jede erwünschte Marktleistung überhaupt belohnt wird, vielmehr ist eine leistungsgerecht abgestufte Belohnung erforderlich.
Dieser Zusammenhang zwischen wettbewerblicher Marktleistung und angemessener Belohnung fehlt beim Streikwettbewerb. Die Nachteile, die den Bestreikten treffen, und die Vorteile, die seine nicht bestreikten Wettbewerbe im Streikwettbewerb erzielen, sind wettbewerblich nicht "verdient". Sie richten sich nicht nach der Marktleistung, sondern nach der tarifpolitisch bestimmten Rollenverteilung im Arbeitskampf. Zwischen den tarifpolitischen Ursachen des Streikwettbewerbs und seinen marktwirtschaftlichen Folgen fehlt der Kausalzusammenhang, der bei funktionsfähigem Wettbewerb Marktleistung und marktwirtschaftliche Belohnung verbindet.
Zwar können die wettbewerblichen Nachteile oder Vorteile des Streikwettbewerbs im Einzelfall durchaus den Marktleistungen der betroffenen Wettbewerber entsprechen - ebensogut ist es jedoch auch möglich, daß die leistungsbezogen "verdienten" Belohnungen des marktwirtschaftlichen Systems überzeichnet oder (teilweise) aufgehoben werden.

Die Wirkungen des Streikwettbewerbs verzerren also das Belohnungssystem unserer Wettbewerbsordnung.

8a) Hamm WuW 1976, 14; Kantzenbach, a.a.O. (FN 97) S. 15f; Schmidt, Ingo, a.a.O., (FN 97) S. 57f

bb: Streikwettbewerb als Hemmnis herausragender Marktleistung

Streikwettbewerb ist jedoch nicht nur untauglich, die Marktbeteiligten leistungsbezogen zu steuern. Darüber hinaus wirkt Streikwettbewerb sogar Leistungssteigerungen entgegen. Zwischen herausragender Marktleistung und den Nachteilen tarifpolitisch veranlaßten Wettbewerbs besteht ein spürbarer negativer Zusammenhang, der die erwünschten Funktionen des geschützten Wettbewerbs in ihr Gegenteil verkehrt.

Der Beschluß, ein bestimmtes Unternehmen zu bestreiken, wird neben vielen unkontrollierbaren Motivationen maßgeblich von folgenden Erwägungen [9] getragen:

- die Gewinne des Unternehmens rechtfertigen eine Lohnerhöhung
- die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb wird weder durch Lohnerhöhungen noch durch den Arbeitskampf merklich beeinträchtigt, so daß eine Gefährdung von Arbeitsplätzen nicht zu besorgen ist,
- der Organisationsgrad der betroffenen Belegschaft begründet Erfolgsaussichten.

Der Zusammenhang von Ertragslage und gewerkschaftlichen Verteilungsansprüchen ist hier offensichtlich. Wie sehr außerdem die Arbeitnehmerseite bei ihren Kampfmaßnahmen auf Schonung existenzgefährdeter Unternehmen achtet, hat sich besonders beim Druckerstreik vom April/Mai 1976 gezeigt. Gefährdete Verlage wurden von den Gewerkschaften ausgenommen [10]. Im Gegensatz dazu ist der Branchenführer immer besondere Zielscheibe von Kampfmaßnahmen. So wurde die Daimler-Benz AG im Tarifbezirk Nordwürttemberg/

---

9) Karl Hauenschild (IG-Chemie) in "Der Spiegel" Nr. 18 aus 1976, S. 41ff

10) So begann die IG-Druck ihren Streik am 28. April 1976 zunächst nur bei überregionalen Zeitungen und im Ruhrgebiet. Sie verringerte ihre Kampfmaßnahmen zwei Tage vor Konfliktende bei Zeitungen mit Auflagen unter 50.000.

Nordbaden während der Arbeitskämpfe der Jahre 1963 und 1971 als einziger Fahrzeughersteller von den Kampfmaßnahmen voll getroffen [11]. Kittner hat mit eindrucksvollen Zahlen belegt, daß dieses Unternehmen zu jener Zeit weit überdurchschnittliche Wachstumsraten aufwies [11]. Daran zeigt sich, daß wettbewerbsmäßig leistungsfähige Unternehmen am ehesten bestreikt, ihre schwachen Konkurrenten jedoch geschont werden. Streikbedingte Wettbewerbsvorteile belohnen also die weniger leistungsfähigen Marktteilnehmer und schwächen vor allem die durch Wachstum und Gewinn hervorragenden Unternehmen.

Deshalb ist Streikwettbewerb nicht nur funktionsuntauglich, sondern geradezu funktions s c h ä d l i c h , denn seine Nachteile treffen spürbar vor allem jene Unternehmen, die wegen ihrer Progressivität, ihrer Anpassungsflexibilität und ihrer erfolgreichen Angebots- und Organisationsplanung eine wettbewerbliche "Belohnung" verdient hätten.

Diese ordnungspolitische Schädlichkeit des Streikwettbewerbs läßt sich auch nicht damit verharmlosen, daß er seine leistungsgerechte Auslesefunktion zumindest im Verteilungskampf der nichtbestreikten Unternehmen um den freigewordenen Marktanteil erfülle [12]. In dem Wettbewerbsverhältnis der nichtbestreikten Unternehmen geht es um Verteilung von Umsatzzuwachs. Belohnt wird jeder, der überhaupt etwas abbekommt, vor allem aber, wer freie Produktionskapazitäten besitzt. Daß die Unternehmen mit einer deutlich unausgelasteten Angebotskapazität im Regelfall nicht zu den gutgeführten ihrer Branche zählen, liegt auf der Hand. In Versorgungskrisen können eben auch

---

11) Kittner, GewMh 1973, 97

12) Hendriks ZHR 141 (1977), S. 4 sieht in der Wettbewerbssituation dieser Unternehmen keinen Unterschied zum Tariffrieden - abgesehen von einer wünschenswerten Wettbewerbsbelebung. So wohl auch Säcker ZHR 137 (1973), S. 463

Ladenhüter verkauft werden und unwirtschaftlich zu groß ausgelegte Produktionskapazitäten finden Verwendung. Die Umsatz- und Gewinnvorteile, die sich aufgrund dieser Ausnahmelage für den Einsatz überalterter Warenbestände oder sonst ungenutzter Kapazitäten ergeben können, sind jedoch alles andere als durch Leistungsqualität gerechtfertigt.

Hendriks hält Streikwettbewerb und seine Chancenverteilung schon deshalb für schutzwürdig [13], weil sonst der Wettbewerb aus vergleichbaren Impulsen wie Importbeschränkungen, Naturkatastrophen und Epidemien als schutzunwürdig gelten müsse und das sei gesamtwirtschaftlich nicht wünschenswert. Diese Argumentation übergeht zunächst einmal den Unterschied von unvorhersehbaren Naturkatastrophen, Epidemien etc. einerseits und vorhersehbaren und auch von dem Verhalten der Unternehmer abhängigen Tarifkonflikten andererseits. Ferner besitzen auch diese Wettbewerbsimpulse aus Katastrophenfällen keinen Bezug zur Leistungsfähigkeit von Wettbewerbern und sind deshalb ebensowenig schutzwürdig wie Streikwettbewerb. Auch wenn sie vorübergehend Konkurrenzverhalten entfachen, so wird dieser Vorteil doch immer mit einem schwerwiegenden Nachteil erkauft: dem (vorübergehenden) Ausscheiden von Marktteilnehmern.

Zusammenfassung:

Streikwettbewerb enthält, als geschlossener Vorgang betrachtet, alle Merkmale schützenswerter Konkurrenz. Doch fehlt ihm innerhalb des Belohnungssystems unserer Marktwirtschaft der leistungsbezogene Ausgangspunkt. Seine Vor- und Nachteile treten entsprechend einer tarifpolitischen Rollenverteilung ein. Dadurch sind die Steuerungsfunktionen des Streikwettbewerbs gestört. Darüber hinaus

---

13) Hendriks, Diss., S. 147; ders., ZHR 141, S. 8

treffen die Nachteile des tarifpolitisch verursachten Wettbewerbs vor allem die leistungsfähigsten Unternehmen, so daß Streikwettbewerb der marktwirtschaftlich erwünschten Einkommensverteilung entgegenwirkt.

Aus diesen Gründen müssen Streikhilfeabkommen, die Streikwettbewerb beschränken, als rechtspolitisch erwünscht gelten. Es fragt sich, mit welcher juristischen Begründung sie entsprechend ihrer rechtspolitischen Beurteilung vom Kartellverbot ausgenommen werden können.

III. Einschränkung des Kartellverbotes für Kampfhilfeabkommen

A. Bisherige Lösungsvorschläge

Verwaltungspraxis [14] und Literatur [15] haben recht unterschiedlich versucht, Unternehmensverträge über tarifpoli-

---

14) BKartA WuW/E 339ff "Sonnabendarbeitszeit", 506 "Gagenstop"; TB 1959 (BT-Drucks. III/1895) S. 15; TB 1962 (BT-Drucks. IV/1220) S. 52; BWM WuW/E 41

15) BKartA "Arbeitsunterlage" S. 32; Frankf. Ktr. § 1 GWB Rdz 29; Hübner, Diss., S. 66f; Jäger WRP 1961, 143; Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 244ff; Müller/Giessler § 1 Rdz 117; Müller-Henneberg § 1 Rdz 113; Reimann BB 1961, 157f; ders. WRP 1962, 153f; Rieger, Diss., S. 181ff

tisch wirksame Vorhaben vom Kartellverbot des § 1 GWB freizuhalten. Dies ist insbesondere für die arbeitsmarktlich wichtigen Streikhilfeabkommen geschehen. Die vorgebrachten Argumente lassen sich grob zwei Gruppen zurechnen, je nachdem, ob sie die gewünschte Einschränkung des Kartellverbots über die Eingrenzung seiner Tatbestandsmerkmale erreichen wollen oder ob sie zwar § 1 GWB tatbestandsmäßig auf Kampfhilfeverträge anwenden, aber die Abkommen aus anderen Gründen für gerechtfertigt halten.

1. Einschränkung der tatbestandsmäßigen Reichweite des § 1 GWB

a. Lösungsansatz aus § 1 UWG

Nach allgemein anerkannter Auffassung schützt das Kartellverbot keinen unlauteren, nach § 1 UWG verbotenen Wettbewerb [16]. Wenn streikbedingter Wettbewerb in diesem Sinne als unlauter gelten könnte, wäre seine Beschränkung durch Streikhilfeabkommen zulässig. Die Abkommen wären insoweit vom Kartellverbot ausgenommen [17]. Für diese Argumentation ist entscheidend, ob derjenige, der die streikbedingte Schwächesituation eines Konkurrenten ausnutzt, unlauter bzw. sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG handelt. Diese Frage ist bisher weder von Kartellbehörden noch in der Rechtsprechung entschieden worden.

Das Kammergericht hat es lediglich beiläufig in einem Urteil aus dem Jahre 1950 [18] für zulässig gehalten, wenn die Arbeitnehmer eines vorübergehend eingestellten Unternehmens (Fachzeitschriftenverlag) abgeworben werden. Doch

---

16) Unstr., Langen § 1 Rdz 80; Frankf. Ktr. § 1 Rdz 31 jeweils m.w.N.

17) Hendriks, Diss., S. 142ff; ders. ZHR 141, S. 6f; Kraft/Hönn, a.a.O., S. 239; Säcker, a.a.O., S. 468; die gegenteilige Auffassung von Sack (WuW 1970, 395), der für jede Einschränkung des § 1 GWB gesetzgeberische Schritte fordert (S. 405) erscheint übertrieben positivistisch und im Hinblick auf § 1 UWG unverständlich.

18) KG GRUR 1950, 433 (434)

läßt sich ein vorübergehend aufgegebenes Unternehmen nicht mit einem streikgelähmten vergleichen, dessen Arbeitsverträge regelmäßig nur suspendiert sind [19].

Deshalb sind die Tatbestandsmerkmale des unlauteren sittenwidrigen Wettbewerbs i.S.d. § 1 UWG zu prüfen. Danach gilt die Abwerbung von Kunden und Arbeitskräften als ein grundsätzlich zulässiges wettbewerbstypisches Verhalten [20]. Erst bei zusätzlichen Umständen, beispielsweise, wenn der Abgeworbene zu einem Vertragsbruch bewogen wird [21] oder die Abwerbung als gezielte Schädigung des Konkurrenten erfolgt [22], ist diese Wettbewerbshandlung unlauter. Ein derart zusätzliches Merkmal für die Sittenwidrigkeit ist insbesondere zu fordern, wenn typische Wettbewerbshandlungen zu beurteilen sind, die nicht schlechthin als sittenwidrig abgestempelt werden dürfen, damit eine wünschenswerte Wettbewerbsvielfalt erhalten bleibt. Die Abwerbung von Kunden und auch die Abwerbung begehrten Personals bilden solche typischen Wettbewerbshandlungen. Das erforderliche zusätzliche Unlauterkeitsmerkmal kann deshalb nur darin liegen, daß Streikwettbewerb die streikbedingte N o t s i t u a t i o n eines Konkurrenten ausnutzt. Darin sieht Rieger einen hinlänglichen Anhaltspunkt für die Sittenwidrigkeit; deshalb will er Streikhilfeabkommen, soweit sie diesem Streikwettbewerb vorbeugen, vom Kartellverbot ausnehmen [23]. Dies erscheint in zweierlei Hinsicht bedenklich.

---

19) Rieger, Diss., S. 185

20) Allg. M., statt aller Baumb./Hefermehl § 1 UWG Rdz 502, 504; Allg. Anm. Rdz 22

21) Baumb./Hefermehl, a.a.O., Rdz 503f

22) Dann ggf. als Behinderung unzulässig Baumb./Hefermehl § 1 UWG Rdz 150, 502

23) Ders., a.a.O., S. 185/186; allerdings soll diese Ausnahme nicht gelten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitskampf provoziert hat. Sie soll systematische, planvolle Abwerbung zur Schwächung des Konkurrenten erfassen - eine Unterscheidung, die Kampfhilfeabkommen nicht berücksichtigen können

Zum einen ist die Notsituation eines Wettbewerbers grundsätzlich wettbewerbsrechtlich unbeachtlich, weil Wettbewerb gerade auf Ausnutzung wirtschaftlicher Vorteile und Abbau leistungsschwacher Wirtschaftseinheiten abzielt [24]. Wenn aber Wettbewerb zur Gefährdung eines Konkurrenten führen darf [24], kann es nicht darauf ankommen, ob der Unterlegene aus irgendwelchen (persönlichen, katastrophenbedingten, jahreszeitlichen oder politischen, auch tarifpolitischen) Gründen außerstande war, sich zu wehren. Dementsprechend hat auch der Bundesgerichtshof die Konkurrenzfähigkeit der Mitbewerber für die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung als unbeachtlich angesehen.

Zum anderen bietet die Feststellung, Streikwettbewerb nutze eine durch A r b e i t s k a m p f verursachte Wettbewerbssituation aus, keine ausreichende Abgrenzungsmöglichkeit zur Unterscheidung lauteren und unlauteren Wettbewerbs. Sicherlich sachfremd wäre es nämlich, Wettbewerb in kampfbedingter Notlage auch dann für sittenwidrig zu halten, wenn der betroffene Arbeitgeber den Lohnkampf mutwillig selbst herbeigeführt hätte - wollte man schon darin eine schützenswerte Notlage sehen, könnte sich ein Unternehmen gerade durch Provokation eines Arbeitskampfes dem solchenfalls unlauteren Wettbewerb anderer entziehen [26]. Es ist jedoch nicht möglich, je nach Verursachung des Tarifkampfes die Schutzwürdigkeit der Notlage zu bestimmen und damit über die Anwendung des § 1 UWG zu entscheiden. Den Haupturheber des Arbeitskampfes genau herauszufinden, dürfte angesichts der unübersehbar vielfältigen Kampfmotivationen beider Seiten kaum möglich sein.

---

24) Baumb./Hefermehl UWG Allg. Anm. Rdz 22, der das Ausscheiden schwächerer Wettbewerber als unvermeidlich aber nicht als Wettbewerbsziel ansieht.

25) BGHZ 43, 278ff (283) "Kleenex" in ausdrücklicher Abkehr von früherer Rspr wie RG GRUR 1936, 810 "Diamantine"; 1939, 862 "Lockenwickler" und BGHZ 23, 365ff (372) "Suwa"

26) Ähnlich Hendriks, Diss., S. 144; Säcker, a.a.O., S. 468

Nach Ansicht von Hendriks soll Streikwettbewerb jedoch sittenwidrig sein, wenn die nichtbestreikten Wettbewerber zur Entstehung des Arbeitskampfes beigetragen haben, um den Bestreikten gezielt zu benachteiligen [27]. Abgesehen davon, daß der Nachweis einer absichtlichen Kampfverursachung aus den bereits genannten Gründen nahezu unmöglich sein dürfte, erscheint auch fraglich, worin die Sittenwidrigkeit liegen soll. Die Nachfrager von Arbeitskraft stehen miteinander in Wettbewerb und dürfen einander durch bessere Arbeitsbedingungen und Löhne überbieten [28]. Das entstehende Lohngefälle zwischen einzelnen Unternehmen kann zweifellos auch zu Tarifkämpfen führen. Wenn aber schon das Abwerben von Arbeitskräften grundsätzlich erlaubt ist [29], kann ein Verhalten, das unter Umständen einen Streik in fremden Unternehmen verursacht und ihnen nur vorübergehend Arbeitskräfte entzieht, ebenfalls nicht sittenwidrig sein.

Deshalb darf Streikwettbewerb nicht allein schon wegen seines Ursprungs aus tarifpolitsch verursachter Notlage als unlauter i.S.d. § 1 UWG gelten. Streikhilfeabkommen sind darum nicht nach § 1 UWG vom Kartellverbot ausgenommen.

b. Das Argument vom "arbeitsrechtlichen Freiraum" im Kartellverbot

§ 1 GWB soll nach seinem Wortlaut nur Wettbewerbsbeschränkungen auf Märkten "für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" verhindern. In dieser Formulierung sah bereits die Begründung des Regierungsentwurfs eine Abgrenzung zum Arbeitsmarkt [30]. Verwaltung [31] und

---

27) Ders., Diss., S. 144/145

28) Baumb/Hefermehl § 1 UWG Rdz 502, 504

29) Std. Rspr. BGH GRUR 1961, 482 "Spritzgußmaschine"; 1966, 263 "Bau Chemie"

30) BT-Drucks. II/1158 Anlage 1 S. 30

31) BKartA WuW/E 340 und 506; TB BKartA 1959 (BT-Drucks. III/1795) S. 15 (obiter dictum); BWM WuW/E 41

Literatur [32] haben daraus gefolgert, innerhalb des Kartellverbots gebe es einen arbeitsrechtlichen Freibereich, dem Verträge über Arbeitnehmerabwerbung zuzuordnen seien [33].

Es liegt nahe, diesen Gedanken vom arbeitsrechtlichen Freibereich auf Streikhilfeabkommen, vor allem auf ihre Personalschutzklauseln, zu übertragen. Kampfhilfe zielt insgesamt auf eine tarifpolitische Solidarhaltung ab, sie soll also auf dem A r b e i t s m a r k t wirken. Damit könnten Streikhilfeverträge möglicherweise dem Tatbestand des § 1 GWB entzogen werden. Doch wenn ein solcher Ausnahmebereich für Kampfhilfeabkommen gelten könnte, müßte er sich für die am deutlichsten auf den Arbeitsmarkt bezogenen Personalschutzklauseln am ehesten nachweisen lassen. Fehlt schon für sie ein solcher Freibereich, so gibt es ihn für Lieferhilfe und Kundenschutz erst recht nicht. Deshalb soll dieser Lösungsweg zunächst im Hinblick auf Personalschutzklauseln untersucht werden.

Rieger hat gegen die Anerkennung eines arbeitsrechtlichen Freibereiches eingewandt, er lasse sich nicht aus dem Wortlaut des § 1 GWB ableiten [34]. Das Kartellverbot fordere zwar Wirkungen auf G ü t e r märkten, sage aber nichts darüber, ob deren Ursachen ebenfalls ausschließlich im gütermarktlichen Bereich liegen müßten. Deshalb lasse sich die Auffassung vom arbeitsrechtlichen Freibereich in § 1 GWB jedenfalls dann nicht halten, wenn arbeitsmarktliche Vereinbarungen durch die Steuerung der Arbeitskräfteversorgung auf die Wettbewerbslage der Beteiligten durchschlage. Dieser Kritik ist jedenfalls dort zuzustimmen, wo Knappheit von Arbeitskräften mittelbar auf den Gütermarkt einwirkt. Trotz dieser zweifelsfrei

---

32) Etwa Müller/Giessler § 1 GWB Rdz 102/03; Tetzner, Kartellrecht, 2. Aufl., S. 22

33) Jäger WRP 1961, 143 und FN 4)

34) Ders., Diss., S. 181f

erkannten Folgewirkungen auf dem Arbeitsmarkt hat das Bundeskartellamt in seiner "Gagenstopp"-Entscheidung [35] den beurteilten Vertrag über Arbeitskraftbeschaffung einem arbeitsmarktlichen Freibereich zugeordnet und § 1 GWB deshalb nicht angewandt. Mit dem gleichen Gedanken hat das Bundeswirtschaftsministerium Abwerbungsverbote von § 1 GWB ausgenommen [36], weil die Unternehmen als Sozialpartner gehandelt hätten. Diese Argumentationsweise vernachlässigt die faktischen Zusammenhänge von Güter- und Arbeitsmärkten, die daraus folgen, daß menschliche Arbeit zwar eine höchst eigentümliche Ware darstellt [37], aber unter gütermarktlichen Gesichtspunkten nur einen Produktionsfaktor unter vielen bildet [38]. Auch wird diese Unterscheidung nach dem gütermarktlichen Ursachenbereich nicht dem rein wirkungsbezogenen Tatbestand des § 1 GWB gerecht [39].

Reimann [40] hat zwar die ambivalenten Auswirkungen von Personalschutzklauseln erkannt, die erforderliche Abgrenzung von arbeitsrechtlichem Freibereich und Kartellverbot aber nur mit einem Gesichtspunkt vornehmen können, der in den Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB nicht vorkommt

---

35) WuW/E BKartA 502ff: Filmproduzenten hatten sich auf Höchstgagen für Schauspieler geeinigt, um Konkurrenzangebote zu vermeiden. Das BKartA ordnete das Abkommen trotz möglicher Wettbewerbsbeschränkung einem arbeitsrechtlichen Freibereich zu und wandte § 1 GWB darum nicht an (S. 506)

36) Brief des BMWi vom 21.7.56 (WuW/E BWM Nr. 41)

37) Diese Sonderstellung menschlicher Arbeit als Marktleistung hat wegen ihrer Personenbezogenheit ethische (Mathys, Grenzziehung, S. 4), aber auch ökonomische Gründe (Schöning, Diss. S. 25ff): Ihr fehlt eine kalkulierbare Kostengrenze, sie ist nicht lagerfähig und läßt sich im Angebot nicht variieren.

38) Reimann BB 1961, 158; wohl zu krass: Fikentscher WuW 1955, 225

39) Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut "geeignet ... zu beeinflussen". Unstr. muß diese Eignung nur objektiv vorliegen, BGHZ 31, 111f; Emmerich, WBR, S. 36

40) Ders., BB 1961, 157f

und deshalb unbrauchbar ist [41]: mit der subjektiven Zielsetzung der Abkommen. Diese Abgrenzung entspricht nicht der Wirkungsbezogenheit des § 1 GWB, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, die Motivation jeweils genau festzustellen oder eine Gemengelage beider Zielsetzungen zu beurteilen.

Die hier vertretene, betont wirkungsbezogene Deutung des § 1 GWB ist nicht unbestritten. Hendriks hat dagegen eingewandt, arbeitsrechtliche Vereinbarungen, die nach dem Wortlaut des Gesetzes vom Kartellverbot ausgenommen sein sollten, dürften nicht schon auf Grund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Folgewirkungen wieder in das GWB einbezogen werden [42]. Seine Begründung beruht auf der Prämisse, daß es sich um eine a r b e i t s r e c h t l i c h e Vereinbarung handelt. Diese rein arbeitsrechtliche Einordnung von Kampfhilfeverträgen ist aber gerade fraglich. Denn die Verträge könnten wegen ihrer ambivalenten Wirkungen sowohl dem Arbeitsrecht als auch dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen sein.

Einen ebenso ungeeigneten Abgrenzungsversuch zwischen dem arbeitsrechtlichen Freibereich und der Reichweite des Kartellverbotes hat das Bundeskartellamt unternommen, indem es darauf abstellte, ob der Unternehmensvertrag eine "unmittelbare Beziehung zum vertikalen Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis" [43] besitze und deshalb in den arbeitsrechtlichen Freiraum falle. Einerseits bietet das unbestimmte Begriffspaar mittelbar/unmittelbar allein noch keine geeigneten Abgrenzungsmittel. Zum anderen bestehen zwischen "vertikalem" Arbeitsverhältnis und "horizontaler" Arbeitsmarktlage derart starke Wechselbeziehun-

---

41) S. o. FN 39

42) Hendriks, Diss., S. 60 FN 55

43) So wörtlich WuW/E BKartA 339, 340 "Sonnabendarbeitszeit"

gen, daß eine exakte Trennung kaum möglich scheint [44]. Ferner bestehen Bedenken gegen diese Unterscheidung von vertikaler und horizontaler Beeinflussung des Arbeitsmarktes insofern, als das Bundeskartellamt bei seiner Argumentation den Arbeitsmarkt horizontal als Markt für gewerbliche Dienstleistungen betrachtet. Dies dürfte schon deshalb unrichtig sein, weil selbst die kollektiv tarifvertraglich organisierte "Vermarktung" von Arbeitskraft (Horizontale) an Bestand und Abschluß von Einzelarbeitsverträgen (Vertikale) anknüpft und diese Einzelarbeitsverträge gerade keine gewerbliche Leistung zum Inhalt haben [45].

Die Lehre vom arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich im Kartellverbot läßt sich darum zumindest dort nicht halten, wo aus arbeitsmarktlichen Ursachen auch gütermarktliche Folgen erwachsen. Etwas anderes mag für rein arbeitsmarktliche Vorgänge gelten, deren Wirkungen auf dem Gütermarkt weder absehbar noch spürbar sind.

Wenn aber schon die Personalschutzklauseln in Streikhilfeabkommen trotz ihres primär tarifpolitischen Charakters nicht in den arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich von § 1 GWB fallen, dann muß dies erst recht für Kundenschutz und Lieferhilfe gelten, die beide primär auf den Gütermarkt einwirken sollen. Zwar dienen auch sie einem tarifpolitischen Kampfzweck, regeln unmittelbar aber das Konkurrenzverhalten auf dem Gütermarkt, auf dem die Abkommenspartner als Anbieter auftreten.

Nach diesen Erwägungen ist ein arbeitsrechtlicher Freibereich innerhalb des Kartellverbots zwar möglich, aber für Kampfhilfeverträge unbrauchbar. Die wirkungsbezogenen

---

44) Das horizontal steuerbare Arbeitsplatzangebot beeinflußt immer die vertikalen Verdienstmöglichkeiten und umgekehrt; dazu Schöning, Diss., S. 23ff

45) Frankf. Ktr. § 1 GWB Rdz 42; Müller/Giessler Rdz 103 m.w.N.; Müller-Henneberg Rdz 92; Rasch/Westrick Rdz 29

Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfassen diese Abkommen ausnahmslos wegen ihrer Wirkungen auf Märkten für gewerbliche Leistungen, so daß ihre gleichzeitigen arbeitsmarktlichen Folgen keine Ausnahme begründen können [46].

c. Streikhilfe als "innerbetriebliche Maßnahme"

Der Frankfurter Kommentar [47] ordnet tarifpolitische Solidaritätsabkommen als innerbetriebliche Maßnahmen ein, die keine Wettbewerbshandlungen darstellen und deshalb tatbestandsmäßig nicht unter § 1 GWB fallen [48]. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, daß Streikhilfeabkommen zwischen unterschiedlichen Unternehmen vereinbart werden und nur durch Leistungen der Beteiligten untereinander verwirklicht werden können. Daß dabei auch Auswirkungen auf innerbetriebliche Maßnahmen möglich sind, spielt insofern keine Rolle. Kampfhilfe vollzieht sich im wesentlichen außerhalb des Unternehmens.

Die drei bisher behandelten Lösungsversuche, deren Gemeinsamkeit in dem Bemühen lag, § 1 GWB für Kampfhilfeabkommen rein tatbestandsmäßig einzuschränken, können aus den dargelegten Gründen nicht überzeugen.

---

46) Mit gleichem Ergebnis Hübner, Diss., S. 11; Rieger, Diss., S. 181ff

47) Frankf. Ktr. § 1 GWB Tz 29

48) Ebenso Rasch, Ktr. z. GWB, 2. Aufl.; § 1 GWB Anm. 8 und mit gleichem Ergebnis Rasch/Westrick, 3. Aufl. § 1 GWB Rdz 31

2. Einschränkung des Kartellverbotes durch Rechtsgüterabwägung

Kartellverwaltung [49] und Literatur [50] haben über die rein tatbestandsmäßige Einschränkung des § 1 GWB hinaus unter anderem auch für Kampfhilfeabkommen verschiedene Lösungsansätze entwickelt, die auf Normenabwägung beruhen. Ihre Benennung wechselt je nach den dogmatischen Unterschieden. Beispielhaft seien nur die Restriktion[51], die teleologische Reduktion [52], die Rechtfertigung [53] und eine wirtschafts- und sozialpolitische 'rule of reason' [54] genannt. Sie alle aber beruhen letztlich auf der These, daß die Anwendung des § 1 GWB nicht allein unter den Gesichtspunkten erfolgen darf, die bisher zu seiner Präzisierung angewandt worden sind, sondern daß die Reichweite des Kartellverbots fortlaufend auch unter neu gewonnenen Aspekten diskutiert werden muß. Dieses Bestreben, den § 1 GWB für immer neue Zweckmäßigkeitsargumente offen zu halten, ist wegen seiner zentralen Bedeutung für unsere sich ständig wandelnde Wettbewerbsordnung verständlich. Seine tragenden Begriffe 'Wettbewerbsbeschränkung' und 'Marktbeeinflussung' unterliegen einem fortgesetzten Sinnwandel und einer fortgesetzten Sinnergänzung wirtschafts- und rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse. Sogar die Zielvorstellung des gesamten Wettbewerbsschutzes hat sich mit zunehmendem Wissens- und Erfahrungsstand gewandelt, ohne gleichzeitig eine

---

49) BKartA "Arbeitsunterlage", S. 32; WuW/E BKartA 145 "Doppelstecker"; BKartA TB 1959 (BT-Drucks. III/1795), S. 18 "Kühlerfiguren"

50) Hübner, Diss., S. 67/68; Müller/Giessler § 1 Rdz 112ff; Müller-Henneberg § 1 Rdz 105ff; Reimann WRP 1962, S. 153; Rieger, Diss., S. 183; Sandrock, Grundbegriffe, S. 311; Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbbeschränkungen, Düsseldorf 1960

51) Rieger, Diss., S. 183

52) Larenz, Methodenlehre, S. 377

53) Spengler und Sandrock, a.a.O. (FN 50)

54) Säcker BB 1967, 681ff (684/85)

Änderung des § 1 GWB im Wortlaut auszulösen [55].

Der Grundgedanke der erwähnten "Rechtfertigungslösungen" besteht darin, daß sie dem § 1 GWB als grundsätzlicher gesetzgeberischer Entscheidung andere entgegengesetzte Normen unserer Rechtsordnung gegenüberstellen und dann nach einer Harmonisierung der widerstreitenden Aussagen suchen, die meist auf die gewünschte Einschränkung des Kartellverbotes hinausläuft. Die Abwägung wird dabei zum Teil bei der tatbestandsmäßigen Subsumtion vollzogen, aber auch danach in einer tatbestandsbezogenen "Subsumtionsüberprüfung" [56] oder gar auf der Ebene der Rechtswidrigkeit [57]. Allein diese Unterschiede verdeutlichen, wie schwer sie von den zuvor besprochenen Tatbestandseinschränkungen abzugrenzen sind [58], ja daß auch sie teilweise gerade auf die tatbestandsmäßige Einschränkung des Kartellverbotes abzielen [59]. Dennoch scheint es nötig, diese 'rechtfertigenden Abwägungen' in einer besonderen Gruppe zusammengefaßt zu untersuchen.

a. Freistellungen vom Kartellverbot nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB

Langen [60] hat versucht, das Kartellverbot einzuschränken, um vorrangige Rechtsgüter berücksichtigen zu können, die gelegentlich einer Anwendung des § 1 GWB entgegenstehen können. Als einer der ersten Kommentatoren des GWB hat er hierin eine Frage der Güterabwägung gesehen, bei der es allein an einer brauchbaren juristischen

---

55) Dazu etwa Kartte, Wolfgang, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln 1969, S. 33ff

56) Sandrock, Grundbegriffe, S. 311ff

57) Spengler, a.a.O., (FN 50) S. 37f; Müller/Giessler § 1 Rdz 113; Müller-Henneberg § 1 Rdz 105

58) Rieger, Diss., S. 31; Sandrock, Grundbegriffe S. 311, 332

59) So ausdrücklich Langen, 4. Aufl., § 1 Rdz 68

60) Ders., a.a.O., § 1 Rdz 68ff, 98 - 107

"Kupplung zwischen beiden Blocks von Rechtsgütern" fehle [61]. Diese Kupplung, um vorrangige Gesichtspunkte gegenüber dem Kartellverbot zur Geltung zu bringen, soll in § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB liegen. Diese Beschränkung öffne das Kartellverbot einer ständigen Fortbildung durch Wissenschaft und Rechtsprechung, sie binde es dabei lediglich an Sinn und Zweck des GWB, auf das sie verweise [62], und sei nicht etwa auf die ausdrücklichen Ausnahmen der §§ 2 bis 8 GWB beschränkt. Zur Begründung beruft sich Langen auf die Entstehungsgeschichte dieser Formulierung. Aus ihr lasse sich der gesetzgeberische Wunsch herauslesen, das Kartellverbot abzuschwächen. Ferner deute der dem § 134 BGB ähnelnde Wortlaut darauf hin, daß ähnlich wie für § 134 BGB, immer wieder nach dem Unwirksamkeitsgrund des § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB und eventuell entgegenstehenden Interessen, also nach Sinn und Zweck des Gesetzes zu fragen sei [63]. Auch seien die Ausnahmen der §§ 2 bis 8 GWB, auf die § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB vordergründig verweise, keineswegs als abschließend geregelte Ausnahmen anzusehen; § 8 GWB enthalte keine abschließende Ausnahmeklausel, sondern meine nur eine Gruppe einer von vornherein nicht übersehbaren Zahl von Ausnahmen [64].

Diese Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB würde eine sehr flexible Anwendung des Kartellverbotes ermöglichen [65]. Doch weder die Entstehungsgeschichte des Satzes 2, noch Langens Parallele zu § 134 BGB, vermögen eine derart weite Auslegung zu begründen. Der einschränkende Nach-

---

61) Ders., a.a.O., § 1 Rdz 68

62) Langen, § 1 Rdz 98

63) Langen verweist auf seinen FS-Beitrag für Isay 1956, S. 321ff, in dem er die unterschiedlichen Geltungsgründe gesetzlicher Verbotstatbestände aufzeigt und § 134 BGB erheblich einschränkt (S. 322, 328, 333)

64) Ders., § 1 Rdz 99

65) Würdinger NJW 1965, 2337

satz in § 1 Abs. 1 GWB war zunächst nur eng auf erteilte Erlaubnisse bezogen [66] und wurde auf andere Regelungen des GWB nur deshalb ausgedehnt, weil später eingefügte Ausnahmen sich durchaus nicht nur in Erlaubnisfällen erschöpften (z.B. § 102), sondern eine Ausweitung der Formulierung erforderten. Diese Änderung ist auch von ihren Verfassern allein dahin verstanden worden [67], daß es sich bei § 1 GWB um ein Verbot mit festbestimmten Ausnahmen handelt. Ein Vergleich mit dem von der Rechtsprechung in der Tat stark abgeschwächten § 134 BGB überzeugt schon wegen der Unterschiede im Wortlaut nicht. Denn nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB soll anderes nur gelten, wenn "in diesem (d.h. im GWB) Gesetz etwas anderes g e r e g e l t ist", während sich § 134 BGB auf jedes gesetzliches Verbot bezieht, es sei denn, daß sich aus dem jeweiligen Verbotsgesetz "etwas anderes ergibt". Die richterrechtliche Lockerung des § 134 BGB war allein deshalb erforderlich, weil er den Geltungsgründen der unterschiedlichen Verbotsgesetze angepaßt werden mußte [68]. Für § 1 GWB war dies nicht notwendig, denn sein Satz 2 bezieht sich nur auf ein bestimmtes Verbot, das des Satzes 1.

Auch gilt § 8 GWB nach h.M. [69] als abschließende Regelung der in den §§ 2ff GWB enthaltenen Ausnahmen. Zwar ist es danach möglich, Kartelle aus gesamtwirtschaftlichen Vorteilserwägungen zu erlauben. Doch ist diese Regelung als abschließende Ausnahme gekennzeichnet. Ihr Ausnahmecharakter tritt in drei Merkmalen deutlich hervor. § 8 Abs. 1 GEB bildet seinem Wortlaut nach ("ausnahmsweise") eine zusätzlich eingeschränkte Ausnahme zu den Ausnahmen der §§ 2 bis 7 GWB [70].

---

66) Reg-Entw. z. GWB (BT-Drucks. II/1158), S. 31 (unter 4.)

67) Protokoll Nr. 84 des 21. BT-Ausschusses v. 17.11.1955 und Bericht des damaligen MinR. Dr. Günther i.d. Anlage zum Protokoll 125 v. 20.9.1956

68) So selbst Langen in Isay-FS 1956, S. 328, 333

69) BKartA "Arbeitsunterlage" S. 18; Frankf. Ktr. § 1 Tz 36; Müller/Giessler § 1 Rdz 112; Müller-Henneberg § 1 Rdz 114, 115

70) Hendriks, Diss., S. 114f

Ferner enthält er eine Kompetenzzuweisung an den höchsten wirtschaftspolitischen Entscheidungsträger, den Bundeswirtschaftsminister, um dem möglichen politischen Rang dieser Sondererlaubnis durch parlamentarische Kontrolle und Publizität Rechnung zu tragen [71]. Zudem ist die Sondererlaubnis gerichtlicher Kontrolle entzogen (§ 70 Abs. 4 Satz 2 GWB). Daraus ergibt sich, daß § 8 GWB eine letzte Auffanglinie für einzelne Ausnahmefälle darstellt[72].

Es ist deshalb nicht möglich, über die Ausnahmen der §§ 2 - 8 GWB hinausgehende Rechtsgüterabwägungen vorzunehmen, um das Kartellverbot einzuschränken [73].

b: Einschränkung des Kartellverbotes über § 8 GWB

Sack [74] möchte vorrangige Rechtsgüter gegenüber dem Kartellverbot durch eine weite Anwendung des § 9 GWB berücksichtigen. Andere Abwägungsmöglichkeiten seien wegen des abschließenden Charakters der §§ 2ff, 8 GWB nicht zulässig. Auf diesem Wege ließen sich alle Vorteilserwägungen berücksichtigen, die unter die Begriffe "Gesamtwirtschaft" und "Gemeinwohl" fielen. Für Kampfhilfeabkommen wäre dann jeweils eine Abwägung von unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung und wettbewerbspolitischen Vorteilen möglich, die eindeutig zugunsten der Abkommen ausfiele. Allerdings müßten Streikhilfeverträge dafür das ministerielle Erlaubnisverfahren durchlaufen [75].

---

71) Biedenkopf BB 1966, 1113ff (1119)

72) Ebenso Sack, a.a.O., S. 404 der - insofern widersprüchlich - eine generalisierende Ausdehnung ablehnt

73) Ebenso Müller/Giessler § 1 Rdz 112; Müller-Henneberg § 1 Rdz 115

74) Sack WuW 1970, 396ff (402); der Hinweis von Hendriks, Diss., S. 114 auf Rieger Diss. S. 124 als Vertreter der gleichen Auffassung geht fehl, da Rieger dem § 8 GWB ein gesetzliches Verbot jeder restriktiven Güterabwägung zur Einschränkung des § 1 GWB entnimmt

75) Ders., a.a.O., S. 404, wobei er eine Kompetenzverlagerung auf die allg. Kartellverwaltung in Betracht zieht

Auch bliebe für Kampfhilfeabkommen unerheblich, ob "die Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" (§ 8 Abs. 1 GWB) kumulativ oder wenigstens alternativ gegeben sein müssen, was im einzelnen umstritten ist [76]. In der Tat bewahren Kampfhilfeverträge die Gütermärkte vor tarifpolitisch bedingten Wettbewerbsverzerrungen, dienen somit der Funktionstauglichkeit unserer Wettbewerbsordnung [77] und sind deshalb sowohl für die Gesamtwirtschaft als auch das teilweise davon abhängige Gemeinwohl vorteilhaft.

Bedenklich ist jedoch, § 8 Abs. 1 GWB weit auszulegen. Es handelt sich, wie gezeigt, um eine abschließende Ausnahmeregelung. Würden mit Sack ganze Vertragsgattungen unter § 8 GWB subsumiert, ließe sich das Kartellverbot alsbald vom Regelverbot zur Ausnahme abwandeln, und das GWB könnte mit völlig verändertem Inhalt ausgefüllt werden [78]. Das aber soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs gerade nicht geschehen können [79]. Deshalb verbietet der Ausnahmecharakter des § 8 GWB eine weite Anwendung im Sinne einer Generalklausel [80].

Hendriks hat, eben weil § 8 Abs. 1 GWB in direkter Subsumtion keine Einfallspforte für beliebige Vorteilserwägungen bietet, eine analoge Anwendung der Vorschrift befürwortet [81]. Doch erscheint dieser Analogievorschlag im Hinblick auf den Ausnahmecharakter des § 8 Abs. 1 GWB als widersinnig. Eine begrenzte Ausnahme darf nicht durch Analogie zur allgemeinen salvatorischen Klausel werden.

---

76) Vgl. Rieger, Diss., S. 129; Müller-Henneberg § 8 GWB Rdz 12 (Gemeinwohl umfaßt Gesamtwirtschaft) und Hendriks, Diss., S. 113f (Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft kumulativ)

77) S.o. S. 70

78) Sack, a.a.O., S. 403/404

79) Begrdg Reg.Entw (BT-Drucks. II/1158) S. 31

80) Ebenso Hendriks, Diss., S. 113f

81) Ebenda, S. 115

Darum lassen sich Kampfhilfeabkommen auch nicht über § 8 Abs. 1 GWB vom Kartellverbot ausnehmen.

c: Einschränkung des Kartellverbotes durch Rechtfertigung

- Spenglers Lösungsansatz:

Spengler hat als erster in einer grundlegenden Untersuchung die aus dem Strafrecht geläufige Rechtfertigung verbotswidrigen Handelns ausnutzen wollen, um gegenüber dem Schutzanliegen des Kartellverbots andere Rechtsgüter berücksichtigen zu können [82]. Seiner Ansicht nach enthält die Rechtsschutzverweigerungsnorm des § 1 GWB innerhalb der Gesamtkonzeption des Gesetzes einen Eingriffstatbestand ähnlich den unerlaubten Handlungen i.S.d. BGB [83] - dies wohl, weil die Durchführung von Kartellen gem. §§ 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB eine Ordnungswidrigkeit bildet, die nach § 35 GWB Schadensersatzansprüche auslösen kann. Dementsprechend setze das Kartellverbot des § 1 GWB wie die unerlaubten Handlungen der §§ 823ff BGB außer der Tatbestandsmäßigkeit auch eine gesondert zu überprüfende Rechtswidrigkeit der Wettbewerbsbeschränkung voraus. Dieses Rechtswidrigkeitselement folge ferner aus der Bezugnahme des GWB auf das OWiG (dort besonders § 1 Abs. 1) und aus der allgemein anerkannten Verwendung von Rechtfertigungsgründen im übrigen Wirtschaftsrecht [84]. Als Rechtfertigungsgründe gegenüber § 1 GWB möchte Spengler gelten lassen: 1. entgegenstehende gesetzliche Erlaubnisse (z.B. §§ 74ff, 90 a HGB, 226 AktG) [85], 2. kartellamtliche Erlaubnisse (§§ 4 - 7 GWB) [86], 3. institutionell oder gewohnheitsrechtlich

---

82) Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, Düsseldorf 1960

83) Spengler, a.a.O., S. 30, 37f

84) Ders., a.a.O., S. 38

85) Ders., a.a.O., S. 39

86) Ebenda, S. 39/40

erlaubte Wettbewerbsbeschränkungen (z.B. die "Freiwillige Selbstkontrolle" der Filmindustrie [87]), 4. Sozialadäquanz [88] und 5. übergesetzlichen Notstand [89].

Das am häufigsten benutzte Gegenargument hierzu besteht in dem dogmatischen Einwand, die Rechtsschutzverweigerungsnorm des § 1 GWB sei nicht rechtfertigungsfähig, denn ein Rechtfertigungsgrund könne zwar die Strafbarkeit eines nach §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ordnungswidrigen Verhaltens beseitigen, nicht aber die Unwirksamkeit eines Kartellvertrages beheben [90]. Dieses Gegenargument geht von einer strikten Trennung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit aus, wie sie bislang im Strafrecht üblich ist [91] und begreift die Rechtfertigung allein im engen strafrechtlichen Sinne als Unrechtsausschließung [92]. Diese Auffassung ist zu eng, denn sie übersieht, daß Rechtfertigungsgründe auf das Schadensersatzrecht ausgedehnt und zu einem allgemein verwendbaren methodischen Instrument der Tatbestandsbegrenzung herangebildet worden sind. Der heutige Anwendungsbereich erstreckt sich bereits auf mehr als einen rein strafrechtlichen Unrechts- oder Rechtswidrigkeitsbegriff [93]. Trotz der materiellrechtlichen Unterschiede im einzelnen werden Rechtfertigungsgründe gleichermaßen gegenüber rechtswidrigen Tatbeständen im Privatrecht, im Strafrecht und im Verwaltungsrecht verwendet. Dies ist nur wegen der methodologisch übereinstimmenden Grundlage des Recht-

---

87) Ebenda, S. 41

88) Ebenda, S. 42

89) Ebenda, S. 45

90) BKartA "Arbeitsunterlage" S. 14f; Hübner, Diss., S. 32ff; Wolff, Jürgen DNotZ 1966 S. 521

91) Vgl. §§ 16, 17, 32 StGB

92) BKartA "Arbeitsunterlage" S. 14f

93) Karl Engisch, Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 56ff

fertigungsgedankens möglich [94]. Deshalb wird man auch im Rahmen des Kartellverbotes eine tatbestandskorrigierende Rechtswidrigkeitsebene nicht aus einer rein strafrechtlichen Sicht des Rechtfertigungsgedankens verneinen dürfen [95].

- Sandrocks Lösungsansatz:

Spenglers Lösungsversuch hat überwiegend Zustimmung gefunden [96]. Das ist eine Reaktion, die mit Rücksicht auf die juristisch vertraute Figur der Rechtfertigung nach strafrechtlichem Muster nur zu verständlich ist. Bedenken gegen die erhebliche Zahl der Spenglerschen Rechtsfertigungsgründe hat nur Sandrock erhoben, ohne allerdings den Gedanken der Rechtfertigung im Kartellverbot allgemein zu verwerfen [97]. Doch soll der Gedanke der Rechtfertigung seiner Auffassung nach vor allem auf positivrechtliche Rechtfertigungsgründe beschränkt bleiben [98]. Eine gewohnheitsrechtliche Derogation des Kartellverbots lehnt Sandrock als zu schwach [99], eine sozialadäquate Rechtfertigung als unpassend ab, weil Sozialadäquanz auf einem sozialethischen Maßstab beruhe, der zwar das strafrechtlich bedeutsame ethische Minimum, nicht aber ein ethisch weitgehend neutrales

---

94) Engisch, a.a.O., S. 58; ders. ZSTW 70, 567ff (594f)

95) Ebenso Hübner, Diss., S. 33, der aber letztlich doch einen rein strafrechtlich geprägten Rechtswidrigkeitsbegriff verwendet (S. 34). Übereinstimmend Müller/Giessler § 1 Rdz 113; Sandrock, Grundbegriffe, S. 311ff; Müller-Henneberg § 1 Rdz 105 übernimmt die Rechtfertigungslösung Spenglers (FN 82), ohne Sandrocks methodologische Einschränkungen

96) Müller/Gries § 1 Rdz 113; Müller-Henneberg, § 1 Rdz 105ff; Sandrock, Grundbegriffe S. 311ff; a.A. Hübner, Diss., S. 31f

97) Sandrock, Grundbegriffe, S. 312ff, 318, 321, 327ff

98) Ders., ebenda, S. 318f

99) Ders., ebenda, S. 321

Kartellverbot abgrenzen könne [1].
Aber auch für die rechtfertigende Verwendung gesetzlicher Bestimmungen gegenüber § 1 GWB hat Sandrock überzeugend dargetan, daß sie nur dann das Kartellverbot einschränken können, wenn sie zu ihm in einem vollständigen Widerspruch stehen und bereits ihre bloße Existenz den gesetzgeberischen Willen zur Einschränkung des Kartellverbots zum Ausdruck bringt. Soweit die in Aussicht genommenen Rechtfertigungsnormen aber nur in Teilbereichen § 1 GWB widersprächen, müsse ihrer rechtfertigenden Anwendung eine Abwägung - sozusagen als Rechtfertigungsgrundlage [2] - vorausgehen [3].

Diese Abwandlungsvorschläge Sandrocks engen den Rechtfertigungsansatz auf Teilbereiche ein, ändern jedoch nichts an der Prämisse, daß eine Rechtfertigung gegenüber § 1 GWB statthaft sei. Insofern fragt sich, ob eine Rechtfertigung ihrem Inhalt nach überhaupt gegenüber dem Kartellverbot durchgreifen kann und gegebenenfalls, von welchen Voraussetzungen dies abhängt.

- Rechtfertigung als vorweggenommenes Ergebnis:
Das methodische Anliegen der Rechtfertigung - auch der eng strafrechtlich verstandenen - ist es, Normwidersprüche innerhalb einer Rechtsordnung zu beseitigen [4].
Dies ergibt sich aus dem Postulat einer einheitlichen Rechtsordnung, die widerspruchsfreie Rechtsanwendung

---

1) Sandrock, Grundbegriffe, S. 323

2) Auch Sandrock, a.a.O., S. 314, 328 will die Rechtfertigung im Einzelfall durch Abwägung begründen

3) Sandrock, a.a.O., S. 313f

4) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 158f; ders., Die Einheit der Rechtsordnung, S. 54ff; zum Strafrecht Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 81; Maurach, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl., S. 285/86; Baumann, Strafrecht AT, 7. Aufl., S. 300

voraussetzt [5]. Vom Ausgangspunkt her bestehen somit keine Unterschiede zwischen Rechtfertigung und anderen Auflösungen von Normwidersprüchen, wie beispielsweise durch den Grundsatz der Spezialität oder Superiorität [6]. Dennoch zeigt bereits der Wortsinn, daß Rechtfertigung i m m e r die Nichtanwendung einer bestimmten Sollensnorm zum Ergebnis hat, eben weil der fragliche Sachverhalt, entgegen der typischen Einordnung durch die zuerst angewandte Norm, am Ende durch eine entgegenstehende für rechtens erklärt wird [7]. Daraus folgt, daß Rechtfertigung die Norm, bei deren Anwendung sie in Rede steht, immer zugunsten einer kollidierenden Gegennorm aufhebt; die Kollision wird immer zu Lasten des primär angewandten Rechtssatzes entschieden. Darin liegt der wichtigste Unterschied der Rechtfertigung zu anderen Harmonisierungswegen. Sie löst einen Normwiderspruch tendenziell einseitig auf, während andere Harmonisierungsverfahren eine für beide Seiten offene teleologische, topische oder sonstige Abwägung vornehmen. Mit anderen Worten, daß Rechtfertigungsgründe nie zurücktreten, erhellt die grundsätzlich einseitige Harmonisierungstendenz der Rechtfertigung, also ihre Eigenart, den fraglichen Vorrang der Rechtfertigungsnorm als gegeben vorauszusetzen.

Wegen dieser Vorrangprämisse ist die Rechtfertigung auf Anwendungsbereiche beschränkt, in denen jeder potentielle Rechtfertigungsatz als vorrangig anerkannt wird. So zeichnete sich von jeher das Strafrecht, aber nach neuerer Rechtsprechung [8] auch der Bereich der §§ 823ff BGB dadurch aus, daß ihre Rechtsfolgen nur denjenigen

---

5) Engisch, ebenda; Larenz, Methodenlehre, S. 250f

6) Auch Spezialität und Superiorität beruhen auf einer Abwägung einander widersprechender Normen. Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 251f

7) Sandrock, Grundbegriffe, S. 322f

8) Dies zeigt sich an der Hinwendung der Rspr. zum "Handlungsunrecht" in BGHZ 24, 21

treffen, der ein von der Rechtsordnung vorgeschriebenes Minimum an Verhaltensrichtigkeit nicht erfüllt [9]. Schon wenn ein einziger anderer Rechtssatz das fragliche Verhalten erlaubt oder gebietet, kann, wenn er das angesprochene Minimum überhaupt berührt, das strafrechtliche oder bürgerlichrechtliche Deliktsrecht nicht mehr angewandt werden. Beide hier beispielhaft genannten Rechtsbereiche weisen wegen dieser Minimalanforderungen eine besondere Nachgiebigkeit für Gegennormen auf. Bei der Rechtfertigung äußert sich dies in einem tendenziell einseitigen Ausschluß von staatlichem Straf- oder privatem Schadensersatzanspruch. Wenn die Eigenart der Rechtfertigung in ihrer einseitigen Abwägungsfolge liegt und sie deshalb auch nur in Rechtsbereichen angewendet wird, die allen Gegennormen nachgeben, dann ließe sie sich im Rahmen des § 1 GWB nur verwenden, wenn das Kartellverbot eine gleichartige Nachgiebigkeit gegenüber anderen Rechtssätzen aufwiese. Dies könnte zu einer unbegrenzten Aufweichung des Kartellverbotes führen. Deshalb wird die Rechtfertigung gegenüber dem Kartellverbot nach strengen Maßstäben auf eng umrissene Kollisionsfälle beschränkt [10].

Fraglich scheint damit aber, ob darin überhaupt noch eine Rechtfertigung liegt. Genau betrachtet handelt es sich dann nur noch um einzelne Abwägungen - nicht um eine prinzipiell wirksame Rechtfertigung. Bezeichnenderweise suchen die Befürworter dieser Lösung ihre "Rechtfertigungsgründe" nach den Ergebnissen einer vorgeschalteten Normenabwägung aus [11]. Diese Normenab-

---

9) Für die §§ 823ff BGB ist dies in heftiger Diskussion um BGHZ 24, 21 bestritten. Nach der Gegenauffassung sollen nur Rechtfertigungsgründe des BGB eingreifen können (etwa §§ 227ff BGB), vgl. Erman/Drees § 823 Rdz 46 m.w.N.

10) Müller/Giessler § 1 Rdz 113; Müller-Henneberg § 1 Rdz 109; Sandrock, Grundbegriffe, S. 313, 321 nur für positivrechtliche Normen

11) Wie FN 10 und Sandrock, ebenda, S. 314

wägung soll als 'ultima ratio' auch dann Anwendung finden, wenn sich kein konkreter Rechtfertigungsgrund feststellen läßt [11]. Wenn auf diese Weise die Rechtfertigung mancher Wettbewerbsbeschränkungen von einer abwägenden Gegenüberstellung des § 1 GWB einerseits und entgegenstehender Rechtssätze andererseits abhängt, stellt sich die von Spengler und Sandrock vorgeschlagene Lösung im Kern als eine der schon mehrfach erwähnten Abwägungslösungen dar.

Die Rechtfertigung wird also heute nicht mehr als eigenständiger Lösungsweg vertreten, um das Kartellverbot einzuschränken. Die heute noch unter dem Begriff "Rechtfertigung" im Anschluß an die Meinung Spenglers vorgeschlagenen Lösungsversuche stellen in Wahrheit eine Normenabwägung dar, wie sie auch von anderen Autoren vertreten wird.

3. Normzweckorientierte Restriktion des § 1 GWB

Unter dieser Bezeichnung sollen jene Lösungsversuche zusammengefaßt werden, die insbesondere für Streikhilfeabkommen eine Restriktion des § 1 GWB vornehmen und dabei auf den Normzweck des Kartellverbotes abstellen. Mit Restriktion ist die Nichtanwendung einer Norm trotz erfüllten Wortlauts gemeint [12].

a: Die Restriktionsgründe

Rieger unterscheidet vier Restriktionsarten:

(1) Restriktion wegen des Zweckes der einzuschränkenden Norm [13];

---

11) Wie FN 10 und Sandrock, ebenda, S. 314

12) Enneccerus/Nipperdey, AT Bd I, S. 348; Hübner, Diss., S. 48; Rieger, Diss., S. 30

13) Rieger, Diss., S. 38ff

(2) Restriktion wegen des Zweckes einer formell gleichrangigen Norm [14];
(3) Restriktion wegen der Natur der Sache bzw. Mißbrauchs eines Rechtsinstituts [15];
(4) Restriktion wegen vorrangiger Rechtsprinzipien [16].

Die Restriktionsarten wegen einer gleichrangigen Norm oder vorrangiger Rechtsprinzipien (2, 4) sind nur unter Anwendung eines anderen Rechtssatzes möglich und setzen eine Abwägung von Rechtssätzen voraus [17]. Eine Restriktion des § 1 GWB für Streikhilfeabkommen erfordert hiernach, daß außer § 1 GWB andere gleichrangige oder vorrangige Rechtssätze/-prinzipien auf die Abkommen anwendbar sind und zu einem abweichenden Ergebnis führen. Diese Restriktion durch Abwägung ist erst möglich, nachdem die Anwendbarkeit anderer Normen für Streikhilfeabkommen feststeht.

Hingegen sind die Restriktion aus dem Zweck der Norm selbst und die Restriktion wegen der Natur der Sache bzw. wegen des Mißbrauchs eines Rechtsinstituts (1, 3) ohne Abwägung mit anderen Rechtssätzen durchführbar. Sie ergeben sich aus dem restriktionsbedürftigen Rechtssatz selbst [18]. Hübner sieht auch in dieser zweckorientierten Restriktion letztlich eine Abwägung [19], jedoch nur eine Abwägung unterschiedlicher Ergebnisse eben dieses restriktionsbedürftigen Rechtssatzes selbst. Diese Abwägung ist ohne die Subsumtion anderer Rechtssätze möglich. Deshalb sind hier die Restriktionsarten aus dem Zweck der Norm selbst und wegen der Natur der Sache/Mißbrauch eines Rechtsinstituts im Hinblick auf eine mögliche Einschränkung des Kartellverbotes für Streikhilfeabkommen zu prüfen.

---

14) Ebenda, S. 45ff
15) Ebenda, S. 48ff
16) Ebenda, S. 61ff
17) Ders., ebenda, S. 46
18) Ders., ebenda, S. 42
19) Hübner, Diss., S. 47ff

b: Das Gebot der Rechtssicherheit und die Restriktion wegen des Normzweckes oder der Natur der Sache oder des Mißbrauchs eines Rechtsinstituts

Für beide Restriktionsarten ist der Normzweck entscheidend. Nach ihm richtet sich auch der Mißbrauchsbegriff [20]. Wo der Normzweck des § 1 GWB liegt und wie er zu ermitteln ist, bleibt unklar. Vollends unerfindlich ist zudem, welche rechtlichen Voraussetzungen letztlich über die Restriktion entscheiden, zumal begrifflich ohnehin dunkel ist, weshalb ein Tatbestand um seines eigenen Sinnes - also Inhalts - willen inhaltlich beschränkt werden soll. Droht insoweit nicht ein Zirkelschluß, und wo liegt hier der Unterschied zur Auslegung?

Allerdings seien die Obergänge fließend, wird zugestanden [21], was jedoch bloßlegt, wie wenig es sich bei der Restriktion aus dem Zweck der Norm selbst um methodisch gesicherte Rechtsanwendung handelt. Wohl wird diese normzweckorientierte Restriktion von der Rechtsprechung [22] seit langem praktiziert und auch in der Literatur [23] allgemein verwendet. Ein Vergleich dieser Restriktionsfälle zeigt jedoch nur im Ergebnis Obereinstimmung, nicht in der Argumentation. In den Begründungen überwiegt allgemein das Argument, das Restriktions e r g e b n i s sei anderen Lösungsmöglichkeiten gegenüber vorzugswürdig. Ein einheitlicher Wertungs-

---

20) Hübner, Diss., S. 51ff spricht vom Mißbrauch entgegen der "ratio legis" oder gegen die Ordnungsaufgabe, womit im Kern der Normzweck gemeint sein dürfte.

21) Sowohl zwischen den einzelnen Restriktionsarten, Rieger, Diss., S. 31, 186, als auch zur Auslegung Hübner, Diss., S. 40

22) BAGE 3, 159 (161); 13, 1 (11f); BGHZ 2, 176 (184); 3, 308 (315); 17, 266 (275); RGZ 160, 291f; einen Unterschied zur normzweckorientierten Auslegung erkennt diese Rspr. jedoch nicht (Hübner, Diss., S. 40f).

23) Enneccerus/Nipperdey, AT § 59, S. 213ff; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929, S. 225; Larenz, Methodenlehre, S. 384, 386; Wenzel JZ 1960, 713 (715)

maßstab für diese Vorzüge wird jedoch nicht vertreten, vielmehr erschöpfen sich die Begründungen meist in unvergleichbaren Allgemeinplätzen, die den Verdacht nähren, Restriktion sei die terminologische Fassade beliebiger Zweckmäßigkeitserwägungen. So soll sie notwendig sein [24], wenn die Normanwendung "zweckwidrig" [25], "durchaus unpassend" [26], "vielleicht geradezu unvernünftig" [27], ihr Ergebnis "unwürdig", "absurd" [28] oder "ungesund" [29] wäre oder auch, wenn sie zu einer "Besonders schweren Verletzung des Rechtsgefühls" führen würde [30]. Diese Reihe völlig offener Wertungen ließe sich beliebig erweitern. Die Suche nach einem rechtswissenschaftlich verwendbaren Wertungsmaßstab wird auch nicht dadurch leichter, daß man die restriktionsbedürftige Unvernunft am hypothetischen Willen des Gesetzgebers mißt [31] oder sie auf Latein umschreibt ("contra rationem juris") [32].

Diese Formulierungen verdeutlichen, daß die Restriktion bereits ihren Ansatz in einer vorweggenommenen Wertung des Anwendungsergebnisses hat; ähnlich der Rechtfertigung Spenglers steht ihr Abwägungsergebnis fest, ehe die Argumente einsetzen, die methodologisch als Restriktion bezeichnet werden. Deshalb gelten gegenüber der Restriktion die gleichen grundsätzlichen Bedenken, aus denen hier eine Rechtfertigung abgelehnt wurde.

---

24) Dies hat Rieger, Diss., S. 34f als Erster in anschaulicher Zusammenfassung bloßgelegt

25) Dölle in Nipperdey-FS Bd I, Berlin 1965, S. 32

26) Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 215

27) Wenzel JZ 1960, 713, 715 und FN 26

28) Esser, Grundsatz und Norm, S. 126

29) Rumpf, Gesetz und Richter, Berlin 1906, S. 223

30) Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, S. 225

31) Staudinger/Coing, Ktr. z. BGB Bd I, Einleitung Rdz 60, 70

32) Betti in Rabel-FS, Bd II, Tübingen 1954, S. 79, 109

Beide Lösungen setzen gedanklich dort an, wo die Entscheidung zur Einschränkung des § 1 GWB bereits gefallen ist, bieten aber keine brauchbare Handhabe, um dies rechtlich herzuleiten [33].

Damit fehlt diesen Restriktionsarten sowohl die rechtliche Kontrollierbarkeit als auch die Vorhersehbarkeit, die das Gebot der Rechtssicherheit fordert. Eine Restriktion als eigenständige Lösung zur Einschränkung des Kartellverbotes ist deshalb nicht möglich, jedenfalls nicht, soweit die Restriktion wegen des Zweckes der einzuschränkenden Norm oder wegen des Mißbrauchs eines Rechtsinstituts vorgenommen werden soll.

B: Lösung durch Auslegung des § 1 GWB

Streikhilfeabkommen sind rechtspolitisch erwünscht und müßten rechtlich zulässig sein. Dem steht entgegen, daß nach den Subsumtionsergebnissen der herrschenden Meinung § 1 GWB auf diese Verträge Anwendung findet. Es fragt sich, ob dieses Subsumtionsergebnis durch eine am Gesetzeszweck des Kartellverbotes orientierte Auslegung zu korrigieren ist. Erst wenn diese Sinnermittlung zu keinem geeigneten Ergebnis führt, wäre nach anderen außerhalb des Kartellverbotes liegenden Gesichtspunkten zu suchen, die das Kartellverbot einschränken könnten.

1. Der Schutzbereich des § 1 GWB als Auslegungsziel

Ob Kampfhilfeabkommen wegen der Beschränkung streikverursachten Wettbewerbs unter das Kartellverbot fallen,

---

33) Bezeichnenderweise behandelt auch Rieger, a.a.O., S. 63 die Durchbrechung des Kartellverbotes nicht im Rahmen einer abwägenden Restriktion

richtet sich nach dem Schutzbereich des § 1 GWB, dessen Grenzen seinerseits wiederum vom Schutzobjekt abhängen. Deshalb ist das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" auszulegen. Schließt es auch streikverursachten Wettbewerb ein?

Nach überwiegender Auffassung wird dies bejaht, weil auch streikverursachter Wettbewerb Wettbewerb i.S.d. § 1 GWB sei [34]. Jedoch liegt in dieser Gedankenfolge lediglich eine Tautologie. Will man sie vermeiden, bieten sich für die Auslegung zwei Ansätze:

Es ist möglich, den Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB daraufhin zu prüfen, ob er streikverursachten Wettbewerb umfaßt. Diese Möglichkeit scheidet wegen der Schwierigkeiten einer exakten Wettbewerbsdefinition aus [35].

Oder der Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB wird ausgeklammert und man sucht nach justiziablen Merkmalen des schutzwürdigen Wettbewerbs, m.a.W. nach den Eigenschaften des schwer definierbaren Wettbewerbs, die seine Schutzwürdigkeit begründen und sich möglicherweise leichter feststellen lassen als "Wettbewerb" [36].

Dieser zweite Weg verspricht, die wirtschaftstheoretische Unübersichtlichkeit des Wettbewerbsbegriffs zu vermeiden und ist deshalb vorzugswürdig. Er setzt jedoch voraus, daß beim Kartellverbot zwischen schutzwürdigem und nichtschutzwürdigem Wettbewerb unterschieden werden darf.

---

34) Kraft/Hönn ZHR 141 (1977), S. 240; Hendriks ZHR 141 (1977), S. 8; Säcker ZHR 137 (1973), S. 469f

35) Zum Streitstand Hoppmann in "Wettbewerb als Aufgabe", S. 64ff; Ulmer ZHR 135 (1971), S. 561f; Baur ZHR 134 (1970), S. 97ff, 116 hält die bisherigen Definitionsversuche für insgesamt unbrauchbar

36) Baur ZHR 134 (1970), S. 117ff, 140, 150

a: Unterscheidung verschieden schutzwürdigen Wettbewerbs in § 1 GWB?

Gegen eine derartige Unterscheidung spricht zunächst der Wortlaut des § 1 GWB. Er erfaßt Wettbewerb und dessen Beschränkungen ausnahmslos. Ferner zeigt der systematische Zusammenhang von § 1 GWB als Regel und den nachfolgenden Ausnahmen der §§ 2ff GWB, wie sehr der Wettbewerbsschutz des Kartellverbots als Grundsatz gelten soll; differenzierende Beschränkungen des Schutzbereiches scheinen deshalb den gesetzlichen Ausnahmen der §§ 2ff GWB vorbehalten zu sein, nicht aber durch Auslegung ermittelt werden zu können [37].

Die Unterscheidung verschieden schutzwürdigen Wettbewerbs ist auch wegen der Ziele des Wettbewerbschutzes zweifelhaft. Wettbewerb für sich genommen ist ein wertneutraler, wirtschaftstheoretischer Begriff [38]. Definitionsversuche bemühten sich deshalb bislang, positive und negative Einstufungen zu vermeiden [39].

Eine Differenzierung verschieden schutzwürdiger Wettbewerbsvorgänge innerhalb des Kartellverbotes scheint darum am falschen Punkt zu beginnen.

Gleichwohl findet sich im kartellrechtlichen Schrifttum zunehmend der Begriff "Leistungswettbewerb", der auf eine Unterscheidung verschiedener Wettbewerbsarten hinweist. Der Begriff wird mit unterschiedlichem Inhalt verwendet.

---

37) Diese Folgerung zieht jedoch nur Sack WuW 1970, 399f

38) Säcker, Zielkonflikte, S. 14; Sandrock, Grundbegriffe, S. 151

39) Dies insbesondere bei den Unterschieden der Wettbewerbsdefinitionen zu § 1 GWB und § 1 UWG; vgl. Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 9ff (87); 97ff (222); Sandrock, Grundbegriffe, S. 123, 130ff

Leistungswettbewerb als "Denkfigur" [40] der rechtswissenschaftlichen Wettbewerbsdiskussion ist von Callmann [41] erstmals verwendet und von Nipperdey als Gegensatz des sogenannten "Behinderungswettbewerbs" definiert worden [42]. Der Unterschied beider Begriffe liegt darin, daß der Behinderungswettbewerb primär auf Schädigung und Schwächung des Konkurrenten abzielt, während Leistungswettbewerb den Konkurrenten nur mittelbar, nämlich durch den Erfolg der besseren Marktleistung, um eigene Erfolge bringt [43]. Die Kausalkette des Leistungswettbewerbs beginnt am Markt, die der Behinderung setzt bei der Schwächung des Wettbewerbers an. Gleichwohl lassen sich beide Vorgänge nicht immer auseinanderhalten, so daß es entscheidend auf die sittenwidrige Benachteiligungsabsicht ankommt [44]. Ausschlaggebend war für den Begriff des Leistungswettbewerbs im Sinne Nipperdeys also der Maßstab der guten Sitten. Eine Unterscheidung verschieden schutzwürdiger Wettbewerbsvorgänge innerhalb des Kartellverbotes, die sich nach dem Maßstab der guten Sitten richtet, kann jedoch den Schutzbereich des § 1 GWB nicht abschließend eingrenzen. Der Schutzzweck des GWB bezieht sich nicht auf die Lauterkeit des Wettbewerbs. Das ist vielmehr Aufgabe des UWG [45]. Bei der Anwendung des Kartellverbotes wird dies dadurch berücksichtigt, daß nach allgemein herrschender Auffassung [46] der unlautere Wettbewerb i.S. des UWG nicht von § 1 GWB erfaßt wird.

---

40) Freitag, Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss., Göttingen 1967, S. 4, 22 m. umfangreichen Nachw.

41) Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1. Aufl., 1929 S. 20, 46

42) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930, S. 16ff

43) Nipperdey, ebenda, S. 18

44) Baumb./Hefermehl, Wettbewerbs- und WZRecht; 11. Aufl.; Allg. Rdnr 90; § 1 UWG Rdnr 4ff

45) BKartA TB 1977 S. 35 (BT Drucks. 8/1925)

46) S.o. FN 16 S. 71

Durch die Kartellgesetznovelle 1973 wurde erstmals der Begriff des "leistungsgerechten Wettbewerbs" auch in das GWB eingeführt. Nach §§ 28ff GWB ist es möglich, an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Wettbewerbsregeln registrieren zu lassen, wenn diese dem leistungsgerechten Wettbewerb dienen. Die Regierungsbegründung [47] erläutert die ausdrückliche Erwähnung des "leistungsgerechten Wettbewerbs" damit, daß er als Mittel zur Herbeiführung der bestmöglichen Marktleistung schützenswert sei. Hendriks [48] hat aus dieser Gesetzesänderung und ihrer Begründung geschlossen, der Gesetzgeber habe mit der Erwähnung des "leistungsgerechten Wettbewerbs" in § 28 II GWB den Schutzbereich des Kartellverbotes auf schutzwürdigen Leistungswettbewerb eingeengt. Nach Ansicht von Hendriks soll sich also aus dem Begriff des "leistungsgerechten Wettbewerbs" in § 28 II GWB eine Unterscheidung schützenswerter und schutzunwürdiger Wettbewerbsvorgänge in § 1 GWB ergeben.

Diese Folgerung überzeugt jedoch nicht. Die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb in § 28 II GWB ist auf das Kartellverbot und die ihm zugeordneten Ausnahmetatbestände in §§ 2 - 8 GWB nicht übertragbar. Das wäre nur möglich, wenn durch § 28 II GWB die materielle Beurteilung des "leistungsgerechten Wettbewerbs" für das gesamte GWB festgelegt wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Solange ein bestimmter Tatbestand nicht durch Anmeldung und Registrierung als Wettbewerbsregel legalisiert worden ist, unterliegt er uneingeschränkt dem Kartellverbot [49]; d.h. seine kartellrechtliche Beurteilung hat sich materiell durch die Möglichkeit einer Legalisierung nach § 28 II GWB nicht geändert.

---

47) Begrdg. RegEntw. 1973, BT-Drucks. VI/2520, S. 34f

48) Ders., Diss., S. 145f

49) BGHZ 36, 111f

Auch enthält § 28 Abs. 2 GWB keine abschließende Regelung in dem Sinne, daß die Schutzwürdigkeit leistungsgerechten Wettbewerbs nur im Rahmen der Legalisierung von Wettbewerbsregeln nach §§ 28ff GWB berücksichtigt werden könne, sonst im GWB aber unbeachtlich sei. Auch in den §§ 5 Abs. 2, 5b Abs. 1 GWB ist nämlich die Markt l e i s t u n g als Bewertungskriterium genannt.

Wenn aber § 28 Abs. 2 GWB den leistungsgerechten Wettbewerb für das GWB nicht abschließend materiell einordnet, wird durch diese Bestimmung auch weder ermöglicht noch ausgeschlossen, innerhalb des Kartellverbotes zwischen schutzwürdigen und schutzunwürdigen Wettbewerbsvorgängen zu differenzieren.

Nach Ansicht von Säcker [50] ist zwischen schutzwürdigem Leistungswettbewerb an anderen Wettbewerbsarten zu differenzieren [51], weil es zwischen den gesell-

---

50) Säcker, Zielkonflikte, S. 17, der im einzelnen folgende Zielfunktionen aufzählt (ebenda, S. 15f): Ökonomisch: Wohlstandsoptimierung durch 1. Steuerungs- und Ordnungsfunktionen vermittels a. optimale Faktorallokation, b. flexible Anpassung der Produktionskapazitäten, c. Angebotssteuerung nach Käuferpräferenzen; 2. Antriebsfunktion durch Fortschrittsförderung und Preisniveaustabilität; 3. Verteilungsfunktion durch Entlohnung nach Marktleistung. Gesellschaftspolitisch: Sicherung der Individualfreiheit durch 1. Dezentralisierung wirtschaftlicher Entscheidungsvorgänge; 2. Bindung privater Macht durch Gegenmacht. Inhaltlich übereinstimmend Clark, Competition as a Dynamic Process, 1961, S. 41ff; Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., S. 16ff; Ingo Schmidt WuW 1966, 702ff

51) Diese Unterscheidung ist gebräuchlich, aber letztlich zweifelhaft, vgl. Horstmann, Selbstbeschränkungsabkommen, S. 74 FN 3, S. 75 FN 1. Letztlich dürften jedoch alle Ziele auf dem Wunsch bestmöglicher wirtschaftlicher Leistung beruhen (a.A. Horstmann ebenda), so daß Säckers Dilemmathese hinsichtlich gesellschaftspolitischer und ökonomischer Ziele (Säcker, Zielkonflikte, S. 10) entfiele. Aufschlußreich dazu Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 30ff, 33, über den Vorrang der "technischen" vor der "sozialen Realisation"

schaftspolitisch und den ökonomisch erwünschten Wettbewerbsfunktionen zu Zielkonflikten kommen könne. In diesem Differenzierungsansatz spiegelt sich der bereits erwähnte [52] rechtspolitische Meinungsstreit zwischen dem primär freiheitsbezogenen und dem primär ökonomisch ausgerichteten Schutzkonzept wider. Das GWB verfolgt nach dem Willen seiner Verfasser mit dem Wettbewerbsschutz gleichzeitig gesellschaftspolitische und ökonomische Ziele [53]. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob dieser gesellschaftlichen Zielsetzung des GWB neben seiner ökonomischen eine eigenständige Bedeutung zukommt. Hier ist lediglich von Belang, ob Zielkonflikte zwischen den gesellschaftspolitisch und den ökonomisch erwünschten Wettbewerbsfunktionen eine Differenzierung unterschiedlich schützenswerter Wettbewerbsarten für die Anwendung des Kartellverbotes ermöglichen. Daß ökonomische Zielfunktionen (z.B. optimale Faktorallokation) und gesellschaftspolitische Zielfunktion (Freiheitsschutz) bei bestimmten Wettbewerbsprozessen zueinander in Widerspruch stehen können, ist im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum, nach anfänglichem Widerstand neoliberaler Autoren, inzwischen anerkannt [55]. Ob darin ein verwendbarer Differenzierungsansatz für unterschiedlich schützenswerte Wettbewerbsvorgänge liegt, erscheint jedoch unter mehreren Gesichtspunkten zweifelhaft.

---

52) S.o. S. 63ff

53) Begründung z. Reg.Entw. BT-Drucks. II/1158, Anlage 1, S. 22

54) Z.B. Hoppmann in "Wettbewerb als Aufgabe", S. 102f; ders., Schriften des Vereins f. Sozialpolitik NF Bd 48 (Berlin 1968), S. 23f

55) Giersch, Hamburger Jahrb. f. Wirtschafts- u. Gesellschaftspolitik, 9. Jahrg. Tübingen 1964, S. 75f; Kaysen/Turner, Antitrust Policy, Cambridge 1965, S. 82ff; Wessels JfNSt Bd 184 (1970), S. 360ff

Sowohl die Freiheit als Ergebnis der gesellschaftspolitischen Funktion des Wettbewerbs als auch der Wohlstand als Produkt der ökonomischen Wettbewerbswirkungen bilden selbständige Endziele der Rechts- und Gesellschaftsordnung. Einen übergeordneten Maßstab zum Vergleich dieser beiden Ziele gibt es nicht [56]. Wenn diese Ziele im Einzelfall unvereinbar sind, ist eine Abwägung durch Rechtsanwendung nicht möglich.

Außerdem scheitert eine Abwägung gegenüber der gesellschaftspolitischen Zieltauglichkeit des Wettbewerbs daran, daß sich die durch Wettbewerb herbeigeführte Handlungsfreiheit nicht messen läßt. Kantzenbach [57] hat darauf hingewiesen, daß Wettbewerbsfreiheit gleichzeitig Abhängigkeiten schafft und daß es nicht möglich ist, vorhandene oder neu hinzugewonnene Handlungsfreiheit zu bewerten.

Diese Kritik erscheint zutreffend, weil Wettbewerb nicht nur wirtschaftliche Stärke ausgleicht, sondern ökonomischen Druck durch Gegendruck beantwortet. Deshalb ist schon zweifelhaft, ob der gesellschaftspolitisch erwünschte Freiheitsschutz des Wettbewerbs nur die im Wettbewerb zum Ausdruck kommende Handlungsfreiheit oder gleichzeitig auch die durch Wettbewerb entstehenden Handlungszwänge [58] berücksichtigen muß.

---

56) Kantzenbach JNSt 181 (1967/68) S. 193ff, 195ff

57) Ders., Funktionsfähigkeit, 2. Aufl., S. 15f

58) Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", S. 222 betont deshalb in seiner Wettbewerbsdefinition, daß sich Wettbewerb vor allem in einem Reaktionszwang für die Wettbewerber äußert. Zwar sind die Wettbewerber "frei" in ihrer Entscheidung über eigene Wettbewerbshandlungen, doch wäre der Verzicht auf eigene Wettbewerbsvorstöße gegenüber den Konkurrenten mit einem Existenzverzicht gleichzusetzen: Die "Entscheidungsfreiheit" des Wettbewerbers besteht also letztlich in der Wahl zwischen der Gegenwehr oder der Selbstaufgabe.

Hiernach erscheint die freiheitsschützende Funktion des Wettbewerbs gegenüber seinen ökonomischen Funktionen nicht für eine Abwägung geeignet.

Eine für das Kartellverbot verwendbare Differenzierung verschieden schutzwürdiger Wettbewerbsvorgänge könnte sich jedoch aus solchen Zielkonflikten des gesetzlichen Wettbewerbsschutzes ergeben, die ausschließlich auf der Unvereinbarkeit ökonomischer Wettbewerbsfunktionen beruhen.

Hoppmann [59] hat gegen eine Unterscheidung verschieden schutzwürdiger Wettbewerbsvorgänge nach ihrer ökonomischen Funktionstauglichkeit eingewandt, der ökonomische Nutzen einzelner Wettbewerbsprozesse lasse sich nicht prognostizieren und deshalb nicht bewerten. Die Wettbewerbsordnung sei nicht auf bestimmte Wirtschaftsergebnisse hin steuerbar. Dies habe seinen Grund darin, daß die Wettbewerbsordnung ein komplexes vorgegebenes System bilde, dessen Zusammenhänge sich nur annähernd und nur vom Standpunkt ex post analysieren ließen. Diese Auffassung ist sicherlich insoweit zutreffend, als sich die ökonomische Nützlichkeit von Wettbewerbsprozessen nicht in Mark und Pfennig vorherbestimmen läßt. Gleichwohl ist es beispielsweise möglich festzustellen, ob ökonomische Wettbewerbswirkungen durch andere Wettbewerbsvorgänge beeinflußt und möglicherweise sogar aufgehoben werden können. Wenn eine Analyse von Wettbewerbsvorgängen ex post möglich ist, lassen sich auch Gesetzmäßigkeiten in den Wirkungszusammenhängen künftiger Wettbewerbsabläufe vorhersehen. Hoppmanns Bedenken gegenüber einer Abwägung und Bewertung von Wettbewerbsvorgängen nach ihrer ökonomischen Funktionstauglichkeit können deshalb nicht durchgreifen.

---

59) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 20ff

Eine Differenzierung von ökonomisch verschieden schutzwürdigen Wettbewerbsvorgängen innerhalb des Kartellverbotes ist also möglich. Sie wäre geboten, wenn sich im GWB Zielkonflikte nachweisen lassen, für die das Gesetz ebenfalls durch eine Differenzierung und Abwägung nach ökonomischen Funktionsgesichtspunkten entscheidet.

b: Zielkonflikte im GWB als Auslegungshilfe für den Schutzbereich des § 1 GWB

Zielkonflikte spiegeln sich im geltenden Wettbewerbsrecht an verschiedenen Stellen wider: so beispielsweise in den Regelungen der §§ 1, 23 GWB. Die Zusammenschlußkontrolle der §§ 23ff GWB soll ab gewissen Unternehmensgrößen externes Unternehmenswachstum verhindern. Dieses Anliegen der Konzentrationskontrolle schränkt die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Unternehmen unmittelbar ein und wirkt dem durch § 1 GWB geschützten Handlungsspielraum entgegen. Dies folgt aus dem Gegensatz von wettbewerbsoptimaler und kostenoptimaler Unternehmensgröße. Konzentrationskontrolle verhindert externes Wachstum, das notwendig sein kann, um optimale Unternehmens- und Betriebsgrößen schnell zu erzielen. Damit versperrt sie den Weg zu optimaler Faktorallokation, deretwegen Wettbewerb durch § 1 GWB geschützt wird. Andererseits sinkt durch ungebremste Konzentration die Zahl der konkurrierenden Wirtschaftssubjekte; es entstehen Oligopole und schließlich Monopole, die gesellschaftspolitisch und ökonomisch gleichermaßen unerwünscht sind. Die Entscheidung zwischen den Extremen (einerseits optimaler Faktorallokation durch ungehemmten Wettbewerb, andererseits optimaler struktureller Wettbewerbsvoraussetzungen durch prinzipielles Verbot allen externen Unternehmenswachstums) ist durch die §§ 23ff GWB ab gewissen Unternehmensgrößen mit marktbeherrschender Stärke zu Lasten des freien Wachstums entschieden worden.

Ein weiterer Zielkonflikt zeigt sich bei den §§ 1 und 3 GWB. Auch Konkurrenz durch Rabattgewährung ist Wettbewerb, der durch § 1 GWB grundsätzlich geschützt ist. Rabatte reizen zu genauerer Bedarfsplanung und Vorratshaltung auf der Abnehmerseite und intensivieren den Wettbewerb auf der Ebene der Nachfrager besonders günstig. Gleichzeitig verringern sie jedoch die Markttransparenz. Preisvergleiche werden durch unterschiedliche Rabattstaffelungen erschwert, so daß sich die Auslesewirkung des Preiswettbewerbs vermindert. Um diese Transparenz wieder herzustellen, darf Rabattwettbewerb beschränkt werden (§ 3 GWB). Damit verödet gleichzeitig ein wesentlicher Wettbewerbsbereich der Großhandelsebene sowie der Provisionsagenturen. Hier besteht ein Konflikt zwischen optimaler Wirtschaftsfreiheit einerseits und Auslesefunktion des Wettbewerbs andererseits. Die Entscheidung dieses Konflikts ist letztlich in die Hände des Bundeskartellamts gelegt, das nach unbestimmten Rechtsbegriffen wie "echtem Leistungsentgelt" und "ungerechtfertigt unterschiedlicher Behandlung von Wirtschaftsstufen" zu urteilen hat (§ 3 Abs. 1 GWB). Grundsätzlich aber hat das GWB mit § 3 anerkannt, daß Wettbewerb in bestimmten Bereichen die Funktionstauglichkeit der gesamten Wettbewerbsordnung schädigt und deshalb nicht von § 1 GWB geschützt werden soll.

Mit am deutlichsten zeigt sich bei der Zulassung von Rationalisierungs-, Spezialisierungs- und Kooperationskartellen nach §§ 5, 5a, 5b GWB, daß der durch § 1 GWB geschützte Wettbewerb nach Auffassung des Gesetzgebers durchaus nicht immer die beste Arbeitsteilung und optimale Leistungsstruktur von Produktionseinheiten bewirkt, sondern auch eine vor Wettbewerb geschützte Arbeitsteilung besseres erzielen kann. Dort nämlich, wo die optimale Faktorallokation einen hochgradig spezialisierten Aufwand erfordert oder die Versorgungsaufgabe das Leistungsvermögen

des einzelnen Unternehmens übersteigt, erfordern sie Kooperation [60]. Wo das Risiko einer Neuerung unter dem Konkurrenzdruck für den einzelnen zu schwer wiegt, bietet sich das "joint venture" als einzige Lösung an, das immer mit einer Neutralisierung des Wettbewerbs in dem betreffenden Bereich verbunden ist.

Vor großen nichtkalkulierbaren Entwicklungsschritten, die einen hohen Investitionsaufwand erfordern, scheuen Wettbewerber oft deshalb zurück, weil der erforderliche Kapitalaufwand sie im Wettbewerb schwächt. Dadurch werden gelegentlich Entwicklungsschritte der industriellen Produktion hinausgezögert, während Kartelle gerade jene wettbewerblich erforderliche Rückendeckung gegenüber den Konkurrenten verschaffen können, die das Innovationsrisiko in erforderlichem Maß verringert. Bekämpfung von Marktmacht und Fortschrittsförderung prallen aufeinander. Die §§ 5, 5a, 5b GWB differenzieren hier zwischen verschiedenen schutzwürdigen Wettbewerbstatbeständen.

In diese Reihe von gesetzlich geregelten Zielkonflikten gehört auch die Bereichsausnahme des § 102 GWB zugunsten von Kreditinstituten. Die ökonomischen Wettbewerbsfunktionen versprechen an sich eine bestmögliche Versorgung des Kapitalmarktes, wenn unbeschränkter Wettbewerb zwischen den Banken herrscht. Unausweichliche Folge dieses Wettbewerbs wäre das allmähliche Ausscheiden weniger leistungsfähiger Kreditinstitute, sei es durch Konkurs, Vergleich oder Liquiditation; jedenfalls aber gäbe es Konkurse häufiger als jetzt unter der Herrschaft des § 102 GWB. Der Zusammenbruch von Banken führt zu unkontrollierbaren Kettenreaktionen und Vertrauenskrisen insbesondere auf Seiten des Publikums. Vor allem der Sparwille der Bevölkerung würde erschüttert und damit

---

60) Deringer § 5 GWB Rdz 10, § 5a GWB Rdz 32, § 5b GWB Rdz 12

eine wesentliche Kapitalressource der Volkswirtschaft beeinträchtigt. Die Unsicherheit, die ungehemmter Wettbewerb in den Kapitalmarkt brächte, würde der Marktversorgung insgesamt mehr schaden als durch Anreiz des Leistungswillens nützen [61].

c. Zielkonflikte als Grenzen des Wettbewerbsschutzes nach § 1 GWB

Diese Reihe beispielhafter Zielkonflikte zeigt, daß das GWB selbst zwischen verschieden schutzwürdigen Wettbewerbsprozessen unterscheidet und diese Differenzierung zum Teil ausdrücklich auf den umfassenden Wettbewerbsschutz des Kartellverbotes bezieht. Die §§ 3, 5, 5a, 5b, 102 GWB sind als Ausnahmen von § 1 GWB formuliert.

Man mag gegen diese Beispiele einwenden, sie seien nur Ausnahmen, keinesfalls verallgemeinerungsfähig und beruhten teilweise auf höchst umstrittenen [62] Durch-

---

61) Ebenso Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen S. 200; a.A. Möschel, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 390, der hier einen Zielkonflikt zwischen Fachaufsicht nach KWG und Wettbewerbsschutz sieht und (S. 394) diesem "Sicherheitsargument" schon deshalb jede Berechtigung absprechen möchte, weil die Bereichsausnahme des § 102 GWB "aus Sicht der Bankenaufsicht ... untauglich, unzweckmäßig und nicht systemkonform" sei. Indessen bleibt unklar, weshalb hier die Sicht der Bankenaufsicht maßgeblich sein soll (S. 439ff). Möschel meint wohl, die Bankenaufsicht genüge als Insolvenzschutz um das Vertrauen der Einleger auf seinem hohen Stand zu erhalten. Dies ist jedoch unzutreffend, wie sich aus den Liquiditätslücken des 1974 geschlossenen Bankhauses Herstatt und der Hessischen Landesbank 1976 zeigte.

62) Müller-Henneberg § 3 GWB Rdz 3ff; Deringer § 5, Rdz 1ff, 59f, § 5a Rdz 1ff, § 5b Rdz 1, 4, 5, 12

brechungen des Kartellverbotes. Gleichwohl ändern diese Oberlegungen nichts daran, daß diese Ausnahmen vollgültige Bestandteile des GWB sind, die mit dem § 1 GWB in einem Regelungszusammenhang stehen und den Wettbewerbsschutz rechtlich verbindlich beschränken.

Es wäre inkonsequent, allen Ausnahmen von § 1 GWB jeweils den Sinn einer Vorteilsabwägung zuzuerkennen [63] und nicht gleichzeitig nach dem Schutzzweck des § 1 GWB selbst zu fragen. - Mit welchem Schutzwert hätte der Gesetzgeber die Ausnahme sonst abwägen sollen? Wie sonst beispielsweise wäre zu erklären, daß manche Ausnahmen (§§ 5a Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz, 5b Abs. 1 2. Halbsatz GWB) nur bei unwesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt sind oder sogar die bewertende Abwägung mit der Wettbewerbsbeschränkung fordern (§ 5 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 GWB)?

Wer mit dem Gesetzgeber die Regelungen der §§ 3, 5, 5a, 5b, 23, 102 GWB gegenüber dem Kartellverbot als sinnvoll anerkennt, muß auch dem Kartellverbot selbst einen bestimmten begrenzbaren Schutzzweck zuschreiben, dessen Umrisse sich gleichsam in den Ausnahmen widerspiegeln. Daraus ergibt sich folgende These:

> Wenn der Gesetzgeber Durchbrechungen des Kartellverbotes anordnet, weil er unvereinbare Wettbewerbsvorgänge nach ihrer Funktionstauglichkeit bewertet, kann das Schutzobjekt des § 1 GWB nicht in einem "wertneutralen Wettbewerb" bestehen.

---

63) Das aber ist durchweg der Fall, vgl. etwa Frankf. Ktr. § 3 GWB Tz 5, 6; § 5 Tz 7, 8; § 5a Tz 7, 8; § 5b Tz 8; Deringer § 5 GWB Rdz 9, 10; § 5a Rdz 32; § 5b Rdz 33; ebenso betont stützen sich die Kritiker dieser Ausnahmen ihrerseits auf gegenteilige Vorteilsabwägungen, z.B. Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 48/49, 53/54; Möschel, a.a.O. (FN 61), S. 367ff, 382ff, 393f

Damit ist hinreichend dargetan, daß innerhalb des Wettbewerbsbegriffs des § 1 GWB zwischen mehr oder weniger funktionstauglichen und schutzwürdigen Wettbewerbserscheinungen zu unterscheiden ist [64].

2. Streikwettbewerb und Schutzbereich des § 1 GWB

§ 1 GWB schützt nur den funktionstauglichen Wettbewerb. Dieser Schutz wird in zwei Fällen von Zielkonflikten durchbrochen:

a. wenn der fragliche Wettbewerbsvorgang die Wirkungen eines besser funktionstauglichen Wettbewerbsprozesses unverhältnismäßig hemmt (§§ 3, 5, 5a, 5b GWB),
b. wenn der Wettbewerbsvorgang den erwünschten Zielfunktionen entgegenwirkt (§§ 23, 102 GWB).

Fällt Streikwettbewerb unter eine dieser Ausnahmen?

---

64) Ebenso, jedoch ohne Begründung: BKartA TB 1977, 35 (BT-Drucks. 8/1925)
"Im Verlauf der Diskussion um die Eindämmung wettbewerbsverzerrender Praktiken, deren marktschädliche Wirkungen in zunehmendem Maße erkannt werden, ist die Notwendigkeit einer begrifflich und praktisch verwendbaren Differenzierung zwischen schützenswerten leistungsgerechten Verhaltensweisen und unerwünschten leistungsfremden Wettbewerbshandlungen deutlich geworden ... Leistungsfremd sind solche Verhaltensweisen, die nicht den vom Wettbewerb erwarteten und erwünschten Funktionen entsprechen, also nicht der Durchsetzung der besseren Leistung mit marktkonformen Mitteln dienen, sondern andere Marktbeteiligte an der Erbringung ihrer Leistung hindern oder den Leistungsvergleich selbst - zumindest partiell - außer Kraft setzen, ohne wegen ihrer generellen Wettbewerbsschädlichkeit per se nach den Vorschriften des GWB oder UWG verboten zu sein."
Auch Säcker, Zielkonflikte, S. 26, setzt diese Bewertungsmöglichkeit voraus, untersucht die Abwägung jedoch nur für Zielkonflikte zwischen gesellschaftspolitischen und ökonomischen Zielfunktionen.

zu a. Streikwettbewerb als Hindernis anderer Wettbewerbsabläufe

Streikwettbewerb kann für andere Wettbewerbsvorgänge nur dann schädlich sein, wenn er nach seinen Ursachen oder Wirkungen in die kausalen Beziehungen dieser anderen Wettbewerbsabläufe eingreift. Das ist nicht der Fall. Seine Ursachen sind von denen anderen Wettbewerbs grundverschieden, weil sie in tarifpolitischen Entscheidungen liegen, wie beispielsweise dem Ergebnis einer Urabstimmung. Seine Wirkungen treten allenfalls zu denen des anderen Wettbewerbs hinzu, heben sie jedoch nicht auf. Daß ein übermächtiger Konkurrent durch Streik vorübergehend seine bedrohliche Wirkung einbüßen kann, so daß die Wettbewerbsintensität sinkt, liegt am Tarifkonflikt, nicht jedoch am Streikwettbewerb, der seinerseits ebenfalls erst durch den Arbeitskampf ausgelöst wird.

Streikwettbewerb und andere Wettbewerbsvorgänge sind also voneinander zu trennen.

zu b. Streikwettbewerb als Schädigung der Wettbewerbsordnung:

Es wurde bereits dargelegt, daß streikbedingte Wettbewerbsvorgänge das wettbewerbstypische Belohnungssystem verzerren, Wettbewerbspositionen des Gütermarktes durch marktfremde, nämlich durch tarifpolitische Zielsetzung beeinträchtigen und sogar zu einer wettbewerblichen Schwächung gerade der leistungsstärksten Marktsubjekte führen [65]. Darin liegen drei miteinander zusammenhängende Merkmale des Streikwettbewerbs, die etwas über seine Funktionstauglichkeit aussagen:

---

65) S.o. S. 67ff

- Streikwettbewerb verzerrt das Belohnungssystem geschützten Wettbewerbs
- seine Ursachen sind marktfremd, nämlich tarifpolitisch
- er schwächt vor allem leistungsfähige Marktsubjekte.

Aussagekräftig für die Funktionsgeeignetheit des Streikwettbewerbs ist vor allem jedoch seine leistungshemmende Wirkung, die darin besteht, daß er gerade die erfolgreichsten Unternehmen einer Branche belastet. Wie dargelegt [66], richten sich Arbeitskämpfe vor allem gegen Unternehmen mit hohen Gewinnen, unangefochtener Marktstellung und zukunftsträchtigen Wettbewerbschancen. Dadurch werden die besonders leistungsfähigen Unternehmen zum Angriffspunkt für Streikwettbewerb. Ihre schwächeren Konkurrenten verschaffen sich während des Tarifkonfliktes unverhältnismäßige Vorteile und müssen anschließend erst wieder mühsam aus dem vorübergehend verlorenen Terrain verdrängt werden.

Auf diese Weise wird Streikwettbewerb zu einer Benachteiligung von Marktleistung. M.a.W. optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität und führende Qualität werden durch Arbeitskampf und den nachfolgenden Streikwettbewerb mit Nachteilen "bestraft". Streikwettbewerb wirkt den erwünschten Wettbewerbsfunktionen geradezu entgegen und schadet der Wettbewerbsordnung mehr als daß er ihr nützt.

Aus diesem Grund ist Streikwettbewerb als funktionsuntauglicher Wettbewerb anzusehen, der nicht in den Schutzbereich des Kartellverbotes fällt.

---

66) S.o. S. 67ff

3. Abgrenzung zu anderen Lösungswegen

a: Lösung durch Analogie zu den §§ 3, 5, 5a, 5b, 23, 103 GWB

Der hier vertretene Lösungsvorschlag beruht auf Auslegung des Wettbewerbsbegriffes in § 1 GWB. Die Bestimmungen der §§ 3, 5, 5a, 5b, 23, 103 GWB dienen dabei als Interpretationshilfen.

Eine versteckte Analogie zu den gesetzlichen Ausnahmen von § 1 GWB liegt darin nicht. Diese Lösung empfiehlt nicht die Rechtsfolgen der Ausnahmetatbestände wie etwa die Erlaubnismöglichkeit nach § 5 Absatz 2 GWB, sondern folgert aus dem Sinn und Zweck des durch Auslegung ermittelten Wettbewerbsbegriffs eine Nichtanwendung des Kartellverbotes.

b: Lösung durch eine 'rule of reason'

Die vorgenommene Auslegung des § 1 GWB beruht auch nicht auf Anwendung einer rule of reason innerhalb des Kartellverbotes.

aa: Inhalt der "rule of reason"
Die rule of reason ist im amerikanischen Antitrustrecht als richterrechtliches Korrektiv gegenüber dem uneingeschränkten Kartellverbot des Sherman Act entstanden [67]. Sie ist in den Jahren nach dem 2. Weltkrieg von der deutschen Kartellrechtspraxis für die nach amerikanischem Vorbild verfaßten Dekartellierungsbestimmungen der alliierten Militärregierung angewandt worden [68]. Die rule of reason enthält eine

---

67) Spengler, Tatbestandsmäßigkeit, S. 35ff, Loevinger WuW 1964, S. 588ff

68) BGHZ 3, 193, 197; 5, 71; 5, 126, 129f; Hübner, Diss., S. 23 m.w.N.

Güterabwägung nach allgemeinen Vernunftsgrundsätzen [69]. Der Verstoß gegen das Kartellverbot einerseits wird den damit verbundenen, möglicherweise vorteilhaften Wirkungen andererseits gegenübergestellt. Bei dieser Abwägung können rechtliche, wirtschaftliche, politische und andere Vorteile berücksichtigt werden [70].

bb: (Anwendbarkeit der rule of reason für § 1 GWB)
Die h.M. lehnt eine rule of reason zur Einschränkung des § 1 GWB grundsätzlich ab [71].

§ 1 GWB ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verfaßt und durch eine Reihe gesetzlich bestimmter Ausnahmetatbestände (§§ 2 - 8 GWB) gemildert. Ein kategorischer Verbotstatbestand wie im Sherman Act liegt also nicht vor. Deshalb besteht für das deutsche Kartellverbot, anders als im amerikanischen Antitrustrecht, kein Bedürfnis, ein so weitreichendes Korrektiv wie die rule of reason zu entwickeln.

Schließlich sind die Ausnahmetatbestände der §§ 2 - 8 GWB als abschließende Regelungen zu verstehen [72], so daß Einschränkungen des Kartellverbotes nicht aus beliebigen Vorteilserwägungen politischer, wirtschaftlicher oder sonstiger Art zu begründen sind.

Damit ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, die Anwendung des § 1 GWB mit wirtschaftlichen Vorteilserwägungen in Frage zu stellen, wenn diese nach den dem deutschen Recht eigenen Rechtsinstituten und Auslegungsmethoden zulässig sind [73].

---

69) Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktmacht, S. 34f, Hübner, ebenda

70) Hübner, Diss., S. 23

71) Baumbach/Hefermehl § 1 GWB Anm. 48; Müller-Henneberg § 1 GWB Rdz 114; Müller/Gries/Giessler, ebenda Rdz 86; Frankf. Ktr. ebenda Tz. 36; Hübner, Diss., S. 24; Sandrock, Grundbegriffe, S. 294f

72) S.o. S. 83ff

73) Hübner, Diss., S. 24; v. Köhler NJW 1962, 1942, 1944

cc: (Unterschiede der rule of reason zum Lösungsvorschlag dieser Untersuchung)

Die hier vertretene Lösung durch Auslegung wendet keine, auch keine auf bestimmte Vorteilserwägungen "spezialisierte" oder "beschränkte" rule of reason an. Es bestehen zwei grundsätzliche Unterschiede.

Die rule of reason setzt voraus, daß das Kartellverbot eine Abwägung mit beliebigen Gründen grundsätzlich zuläßt und ihrer bedarf. Die hier vorgeschlagene Lösung durch Auslegung beschränkt sich auf eine am Normzweck ausgerichtete Gesetzesinterpretation, die nur im Gesetz vorweggenommene Abwägungen berücksichtigt.

Ferner unterscheiden sich beide Lösungen in dem angewandten Abwägungsmaßstab. Die Abwägung im Rahmen der Auslegung erfolgt nicht, wie bei der rule of reason nach einer von allgemeinen Vernunftregeln bestimmten Erörterung der Vor- und Nachteile, sondern ist nur in zwei Sonderfällen möglich, die jeweils nach der ö k o n o m i s c h e n Funktionstauglichkeit des Wettbewerbs zu beurteilen sind: Bei Beeinträchtigung eines wirksameren Wettbewerbsvorgangs und bei feststellbarer Aufhebung der geschützten Wettbewerbsfunktionen.

Möglicherweise läßt sich auch dieses Auslegungsergebnis in seinem Kern auf eine der rule of reason entsprechende Abwägung zurückführen; doch ist der Kreis der zur Abwägung gegenüber dem Kartellverbot nach dieser Lösung zulässigen Vorteilserwägungen so eng begrenzt, daß inhaltlich keine nennenswerte Übereinstimmung mit der für beliebige Vorteilserwägungen offenen rule of reason mehr besteht.

c. Lösung durch Restriktion bzw. teleologische Reduktion

aa: (Restriktion aus Normzwecken außerhalb der einzuschränkenden Norm des § 1 GWB)

Auch eine teleologische Reduktion oder zweckbestimmte Restriktion des § 1 GWB aufgrund vorrangiger Normen oder übergeordneter rechtspolitischer Gesichtspunkte wird hier nicht vertreten. Dabei handelt es sich immer um Abwägungen mit Gesichtspunkten, deren kartellrechtliche Bewertbarkeit grundsätzlich eines besonderen Nachweises bedarf [74]. Die Berücksichtigung der gesetzesimmanenten Zielkonflikte führt hingegen zu einer Anwendungsgrenze, die aus dem Gesetz selbst gewonnen ist.

bb: (Restriktion aus dem Normzweck des § 1 GWB selbst)

Die Restriktion aus dem Normzweck der einzuschränkenden Norm selbst enthält eine Rechtsanwendung unter Betonung von Sinn und Zweck [75]. Davon ist die hier vertretene Lösung durch Auslegung zu unterscheiden.

Die Trennlinie zwischen beiden verläuft dabei nicht auf der Grenze des sprachlichen Ausdrucks, denn beispielsweise die teleologische Auslegung reicht über das Abgrenzungsvermögen des sprachlichen Ausdrucks hinaus [76]. Vielmehr unterscheiden sich Restriktion

---

74) S.o. S. 92ff 95

75) Rieger, Diss., S. 42

76) A.A. Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 369, der den Wortlaut immer als Grenze der ausdehnenden und der einschränkenden Auslegung ansieht. Die einschränkende Auslegung hält sich aber immer innerhalb der tatbestandlichen "Reichweite" des Gesetzeswortlauts. Im Unterschied zur extensiven Auslegung sucht sie nach einer Differenzierung innerhalb des sprachlichen Ausdrucks, verwendet dazu jedoch beispielsweise teleologische Kriterien, deren Differenzierungsgenauigkeit immer über den des kurzgefaßten Gesetzeswortlauts hinausgeht. Hübner, Diss., S. 39f meint, bei der Auslegung bleibe der Wortsinn im Gegensatz zur Restriktion erhalten,

und einschränkende Auslegung darin, daß die Auslegung zur Sinn e r m i t t l u n g , die Restriktion aber zur Sinn k o r r e k t u r einer Norm führt [77]. Beides unterscheidet sich insoweit, als Auslegung nur den bereits vorhandenen Inhalt einer Norm ermittelt, während die Restriktion den vorhandenen Inhalt um zusätzliche, noch nicht berücksichtigte Erwägungen ergänzt [78].

Deshalb ist es mißverständlich von einer Restriktion "aus dem Zweck der einzuschränkenden Norm selbst" im Sinne einer "autarken" Korrektur zu sprechen. Genauer betrachtet handelt es sich immer um die zusätzliche Berücksichtigung von Einschränkungserwägungen, die in dem betroffenen Rechtssatz nach seinem Zweck gerade noch nicht bedacht waren [79].

---

indem aus einem Oberbegriff des Gesetzeswortlauts Unterbegriffe ausgeschieden werden, wenn sich die Einschränkung nicht sprachlich durch Unterbegriffe fassen lasse, sei eine Restriktion nötig. Diese Abgrenzung der Auslegung scheitert daran, daß sich für alle Abgrenzungszwecke Unterbegriffe zu einschränkungsbedürftigen Oberbegriffen bilden lassen - ein typisches Beispiel bildet der noch konkretisierungsbedürftige "Nichtleistungswettbewerb".

77) Enneccerus/Nipperdey, Lb AT BGB, 15. Aufl., § 59,II

78) Die Restriktion ändert also den Sinngehalt des Gesetzes aufgrund übergeordneter Erwägungen, die zur Rechtsfortbildung verpflichten: Sinn und Zweck stehen über dem Gesetz (BGHZ 3, 308, 318; 17, 226, 276; RGZ 142, 36, 40)

79) Dies wird durch bekannte Restriktionsbeispiele belegt: Wenn die Rentenansprüche eines Geschädigten von dritter Seite befriedigt werden, steht der Schutzzweck des § 400 BGB einer Abtretung trotz seines Wortlauts nicht entgegen. Die Restriktion ist hier erwünscht, um Versicherungsleistungen an Geschädigte zu erleichtern - ein Gesichtspunkt, den der Gesetzgeber nicht erwogen hat. (vgl. BGHZ 4, 153)
Die Anwendung des § 181 BGB auf die Schenkungsannahme durch Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder ist zum Schutz des vertretenen Kindes nicht erforderlich. Die Restriktion des § 181 BGB für diesen Fall ist geboten, weil Schenkungen der Eltern an ihre Kinder wünschenswert und zu erleichtern sind.

Im Ergebnis ist es für die hier vorgeschlagene Lösung aber ohne Belang, ob sie als normzweckorientierte Auslegung oder als normzweckorientierte Restriktion anzusehen ist. Für beides ist der Normzweck ausschlaggebend, so daß die benutzten Sachargumente sich nicht notwendig inhaltlich unterscheiden. Zwar genießt die Auslegung einen systematischen Vorrang, doch ist beides in der Rechtsanwendung zulässig [80]. Diese Untersuchung vertritt allerdings die Auffassung, daß die Differenzierung schutzwürdigen und schädlichen Wettbewerb sich bereits aus dem vorhandenen Gesetzesinhalt ergibt.

Ergebnis:
Wettbewerbsbeschränkungen durch Streikhilfeabkommen werden nicht von § 1 GWB erfaßt, weil sie die Wettbewerbsordnung vor leistungshemmendem Streikwettbewerb schützen.

IV. Anwendung des Artikel 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auf Kampfhilfeabkommen

1. Der Sachverhalt

Art 85 EWG-Vertrag erfaßt nur solche Sachverhalte, die über die Geltungsgrenzen nationalen Kartellrechts hinausreichen [81]. Deshalb sind hier nur grenzüberschreitende Kampfhilfeabkommen im Bereich der EG angesprochen. Solche internationalen Kampfhilfeabkommen können - jedenfalls nach gründlicher vertraglicher Vorbereitung - erfolgreich sein; dies hat die spon-

---

80) Auch in der Rspr. werden Restriktion und einschränkende Auslegung nicht voneinander unterschieden; BGHZ 2, 176 (187); 17, 266 (277)

81) Groeben/Boeckh/Thiesing, Art. 85 EWGV, Anm. 25

tane Zusammenarbeit deutscher und englischer Druckereien im Jahre 1959 bewiesen [82]. Diese internationalen Hilfsverträge erscheinen besonders attraktiv, weil die Gewerkschaften mangels einer schlagkräftigen supranationalen Organisation über Landesgrenzen hinweg nur schwer mit Kampfausweitung kontern können. Zwar ist den beteiligten Druckergewerkschaften auch beim Hilfsfall in Wuppertal gelungen, einen Solidaritätsstreik in Deutschland auszulösen, doch war dies erst nach intensiver Agitation, mehreren vergeblichen Anläufen und nur nach mehrtätigem Zeitverlust möglich. Außerdem hatte die deutsche Druckerei den Kampfhilfezweck ihrer Produktion nicht geheimgehalten, was die Gegenreaktion der deutschen Gewerkschaft begünstigte.

Grenzüberschreitende Kampfhilfeverträge sind also möglich und wegen der nationalen Eigenständigkeit gewerkschaftlicher Verbände auch besonders erfolgversprechend.

2. Subsumtion

Die Vertragsparteien der Kampfhilfeabkommen sind Unternehmen oder deren Verbände, also Vertragssubjekte i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag. Die Abkommen beschränken streikverursachten Wettbewerb und damit Wettbewerbsvorgänge, die nach dem Wettbewerbsbegriff der h.M. von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag geschützt sind. Zweifel könnten daran nur insoweit bestehen, als Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfordert. Lieferhilfe würde beispielsweise die Quantität des zwischenstaatlichen Warenaustausches erhöhen, also gerade nicht beeinträchtigen. Doch ist eine nach Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag tatbestandsmäßige Handelsbeein-

---

82) AG Wuppertal AP Nr. 20 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

trächtigung nicht schon dann ausgeschlossen, wenn Handelsvolumina steigen [83]. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob sich dieser Warenaustausch in dem unverfälschten Wettbewerbsystem des gewünschten einheitlichen Marktes vollzieht [84]. Das aber ist gerade nicht der Fall, denn Lieferhilfe enthält den Verzicht auf Ausnutzung eigener Marktchancen. Hier liegt kein ungehemmter Wettbewerb zugrunde, sondern eine Art Waffenstillstand der Beteiligten.

Deshalb sind Kampfhilfeverträge in vollem Umfang, also auch hinsichtlich ihrer Lieferhilfe als handelsbeeinträchtigende Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag anzusehen.

3. Rechtspolitische Bewertung

Der Wettbewerbsschutz des europäischen Kartellrechts beruht soweit ersichtlich auf keiner anderen rechtspolitischen Zielvorstellung als der des GWB. Insoweit läßt sich daher unter Verweisung auf die rechtspolitische Würdigung der Streikhilfeabkommen im zweiten Teil dieser Untersuchung unter II (S. 61ff) verweisen.

Damit steht fest, daß grenzüberschreitende Streikhilfeabkommen im Geltungsbereich des EWG-Vertrages jedenfalls in Bezug auf Hilfeleistungen f ü r deutsche Unternehmen als erwünscht gelten müssen.

Es fragt sich also, ob wenigstens die wettbewerblich erwünschte Kampfhilfe f ü r deutsche Unternehmen trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auszunehmen ist.

---

83) EuGH Bd XII S. 389f (RS 56 u. 58/64)

84) Groeben/Boeckh/Thiesing, Art. 85 EWGV, Anm. 32

4. Möglichkeiten zu einschränkender Auslegung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag

Anders als das GWB enthält das europäische Kartellrecht keine festbestimmten Ausnahmeregelungen für das Kartellverbot. Zwar sind Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag grundsätzlich möglich, doch sind die jeweiligen Abwägungsgesichtspunkte nicht so wie im GWB vorgezeichnet, sondern offen, so daß sich die Reichweite des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag anhand der einzelnen Ausnahmen feststellen läßt.

Zwar hat der Rat der europäischen Gemeinschaften in mehreren Verordnungen für integrationsfördernde Alleinvertriebsverträge [85], Wettbewerbsregeln im Verkehrswesen [86], für Normen-, Forschungs- und Spezialisierungskartelle [87] Freistellungstatbestände i.S.d. Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag umrissen. Diese Freistellungen beruhen letztlich auf den gleichen Abwägungen wirtschaftspolitischer Ziele wie die §§ 5, 5a, 5b, 28 GWB. Für eine einschränkende Auslegung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag lassen sich diese Verordnungen jedoch nicht heranziehen, denn diese Ausnahmen sind nicht abschließend. Die Kommission kann Freistellungen nach Art. 9 VO Nr. 17 vom 6.2.1962 [88] über diese Verordnungen hinaus dort aussprechen, wo die Grundsätze des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag gewahrt erscheinen. Der Weg zu weiteren Freistellungen, theoretisch also auch für Kampfhilfeabkommen, ist offen. Aus den bisherigen Durch-

---

85) VO 67/67 v. 22.3.67 (ABl Nr. 57 v. 25.3.67, S. 849)

86) VO 1017/68 v. 19.7.68 (ABl Nr. L 175 v. 23.7.68, S. 1)

87) VO 2721/71 v. 20.12.71 (ABl Nr. L 285 v. 29.12.71, S. 46) und VO 2779/72 v. 21.12.72 (ABl Nr. L 292 v. 29.12.72, S. 23)

88) ABl Nr. 13 v. 21.2.62, S. 204

brechungen des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag läßt sich eine solche Freistellung schon deshalb nicht herleiten, weil die genannten Verordnungen, anders als die Zielkonfliktentscheidungen des GWB, nicht die Vermutung einer abschließenden vollständigen Regelung für sich haben, so daß sie dem Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag eine endgültige Gestalt gäben. Die Behandlung von Kampfhilfeverträgen ist vielmehr in die Hände der Kommission gelegt [89]. Um von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag freigestellt zu werden, müßten Streikhilfeverträge jedoch Verbrauchervorteile auslösen, zumindest aber die Lage der Verbraucher angemessen verbessern [90]. Diese Merkmale werden regelmäßig fehlen, denn dort, wo Kampfhilfeabkommen gedeihen, weil bestreikte Unternehmen den Verlust ihres Marktanteils befürchten müssen, werden die Verbraucher entweder (bei Fehlen von Streikhilfeabkommen) von der nichtbestreikten Konkurrenz oder (bei Geltung von Streikhilfeabkommen) durch Lieferhilfeleistungen jener nichtbestreikten Unternehmen mitversorgt, die sonst als Konkurrenten eingegriffen hätten. Eine Versorgungsverbesserung ist also mit der Streikhilfe nicht verbunden. Eine Weitergabe von Marktvorteilen an die Verbraucher, wie Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag sie für Freistellungen fordert, ist bei Kampfhilfeabkommen also nicht zu erwarten. Aus diesen Gründen können Streikhilfeabkommen nicht durch wettbewerbspolitische Vorteilserwägungen oder aufgrund einschränkender Auslegung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag freigestellt werden.

---

89) Dies folgt aus dem Vertragstext ("können") des Art. 85 Abs. 3 EWGV, der nur eine rechtsstaatlich nachprüfbare Abwägung der einschlägigen Argumente erfordert. A.A., jedoch ohne Begründung Groeben/Boeckh/Thiesind Art. 85 EWGV Anm. 90 (der Hinweis auf EuGH Bd XII, S. 399, geht fehl)

90) Groeben/Boeckh/Thiesing Art. 85 EWGV Anm. 92b

Ergebnis:

Grenzüberschreitende Kampfhilfeverträge wären, auch soweit sie nur Kampfhilfe f ü r deutsche Unternehmen vereinbaren, gemäß Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag nichtig.

V. Streikhilfeabkommen und der kartellrechtliche Schutz der Nachfrager

Streikhilfeabkommen können wegen der in ihnen enthaltenen Kundenschutzklauseln zu einer Unterversorgung von Nachfragern führen, wenn die helfenden Abkommenspartner aufgrund des Kundenschutzes - insbesondere wenn dieser ohne Lieferhilfe vereinbart worden ist - gehindert sein, die Kunden der bestreikten Unternehmen mit zu versorgen. In diesen Fällen fragt sich, ob die Kartellbehörde durch Vertragsgestaltung nach § 22 Abs. 4, Abs. 5 GWB die an der Streikhilfe beteiligten Unternehmen zum Bruch ihrer Kundenschutzabrede zwingen kann oder ob die unzureichend versorgten Kunden sogar Belieferung fordern können (§§ 26 Abs. 2, 35 GWB i.V.m. § 249 BGB).

A. Kampfhilfeabkommen und Diskriminierungsverbot (§ 26 Abs. 2 GWB)

Wenn Nachfrager ohne sachlichen Grund, also beispielsweise auch durch Nichtbelieferung während eines Arbeitskampfes, gegenüber den ihnen vergleichbaren Konkurrenten benachteiligt werden, können sie unter weiteren Voraussetzungen nach § 26 Abs. 2 GWB i.V.m. § 35 GWB Schadensersatz und Belieferung

verlangen [1].

Die nichtbestreikten Unternehmen sind aufgrund ihrer Kundenschutzvereinbarungen gezwungen, die Stammkunden des bestreikten Abkommenspartners im Unterschied zu den eigenen Stammkunden nicht zu beliefern. Darin könnte eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. § 26 Abs. 2 GWB liegen. Als sachliche Rechtfertigung i.S. dieser Bestimmung können nur solche wirtschaftlichen Erwägungen gelten, die mit der Zielsetzung des GWB vereinbar sind [2]. Die Ungleichbehandlung ist also nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil überhaupt ein sachlicher, nämlich tarifpolitischer Grund für die Nichtbelieferung gegeben ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung der Kundenschutzabreden mit dem gesetzlichen Schutzzweck des GWB in Einklang steht [3]. Dies ist nach den vorausgegengenen Erwägungen zu bejahen. Streikhilfeabkommen sind hinsichtlich aller ihrer Bestandteile eben wegen ihrer wettbewerbsbeschränkender Wirkung gegenüber dem funktionsschädlichen Streikwettbewerb als wünschenswert und i.S.d. § 1 GWB zulässig [4].

Damit steht, unabhängig von den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB, fest, daß Streikhilfeabkommen mit Kundenschutzklauseln zu keiner ungerechtfertigten Diskriminierung der Nachfrager führen. Die Kundenschutzklauseln scheitern also nicht an einem gesetzlichen Versorgungsanspruch der Nachfrager nach § 26 Abs. 2 GWB.

---

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 26 GWB, Rdz 157

2) Müller-Henneberg/Benisch § 26 Abs. 2 GWB Rdz 35; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rdz 141

3) WuW/E BGH 1027 (1031); 1391 (1395); 1424

4) S.o. S. 110, 112

B. Kampfhilfeabkommen und kartellbehördliche Gestaltungsbefugnis (§ 22 Abs. 4, Abs. 5 GWB)

Nachfrager können gegen Unterversorgung durch kartellbehördliche Vertragsgestaltung geschützt werden, wenn die mangelhafte Versorgung darauf beruht, daß der Lieferant seine Marktmacht beim Abschluß von Verträgen mißbräuchlich ausgenutzt hat. In diesen Fällen kann die Kartellbehörde den Belieferungsvertrag rechtsverbindlich ändern und dadurch den Lieferanten zu einer ausreichenden Versorgung verpflichten (§ 22 Abs. 4, 5, § 19 Abs. 2 GWB). Doch liegt dieser Fall bei Streikhilfeabkommen nicht vor. Die kartellbehördliche Gestaltungsbefugnis i.S.d. § 22 Abs. 4 GWB setzt einen bereits abgeschlossenen Vertrag mit dem unterversorgten Nachfrager voraus. Kundenschutzklauseln verhindern jedoch gerade solche Vertragsschlüsse. Wo ein Vertragsschluß gänzlich verweigert wird, ist die Kartellbehörde nicht berechtigt, Kontrahierungszwang nach § 22 Abs. 4, 5 GWB auszuüben [5].

Deshalb können Kundenschutzklauseln auch nicht durch kartellbehördliche Vertragsgestaltung durchbrochen werden.

---

5) Die Kommentare nennen deshalb nur Beispiele für Marktmißbrauch durch Vertragsschlüsse mit benachteiligten Marktpartnern; vgl. Müller/Giessler § 22 GWB Rdz 60ff; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 GWB Rdz 58, 59 und in Rdz 49 ohne Begründung; § 22 gelte auch für mengenmäßige Unterversorgung mit dem Ziel der Preisbeeinflussung - nicht gemeint ist Nichtbelieferung durch die im Streik helfenden Unternehmen. Auch Art. 86 lit. b EWGV betrifft nur Einschränkungen des vorhandenen Absatzes, nicht die Weigerung, neue Kunden zu beliefern; vgl. die Beispiele bei Gleiss/Hirsch Art. 85 EWGV Rdz 76

Dritter Teil

Arbeitsrechtliche Untersuchung

Obwohl Kampfhilfeabkommen nach geltendem Wettbewerbsrecht als zulässiger, ja sogar als erwünschter Vertragstyp anzuerkennen sind, wirken sie über den wettbewerbsrechtlich erfaßten Bereich hinaus. Ihre eigentliche Zielsetzung liegt gerade nicht im Wettbewerbspolitischen, sondern vielmehr im Tarifpolitischen [1]. Deshalb ist nach ihrer Vereinbarkeit mit dem geltenden Arbeitsrecht zu fragen.

1. Die anwendbaren Rechtsgrundsätze des kollektiven Arbeitsrechts

Solidarisierung durch Kampfhilfe stärkt das Durchsetzungsvermögen der Arbeitgeberseite gegenüber den Gewerkschaften. Dies geschieht durch Kampfbeiträge jener Arbeitgeber, die nicht unmittelbar vom Ausstand betroffen sind. Gleichzeitig sichern die Abkommen den bestreikten Arbeitgeber gegen wettbewerbliche Einbußen. Kampfhilfeabkommen beeinflussen somit das Stärkeverhältnis der Sozialpartner und den Verlauf ihrer Tarifkämpfe. Darum ist zu fragen, ob sie mit den kollektiv arbeitsrechtlichen Normen vereinbar sind, durch die das Kräfteverhältnis der Tarifpartner und ihre Arbeitskämpfe geregelt werden.

Dazu gehören [2]:

a. Der Grundsatz der tarifpolitischen Parität, mit dem hier die weitgehend synonym verwendeten Bezeichnungen "Grundsatz der Sozialpartner-

---

1) So jedenfalls die Präambel der "Hilfevereinbarung" der Deutschen Chemischen Industrie, cit. Säcker ZHR 137 (1973), S. 455

2) Der folgenden Aufzählung liegt die wohl umfassendste Aufzählung von Seiter, Streikrecht S. 140 - 179, 443 - 512 zugrunde

parität" [3], "Kampfmittelgleichheit", "Gleichordnung" [4], "Waffengleichheit" [5] oder "Chancengleichheit" [6] zusammengefaßt werden sollen. Die tarifpolitische Parität erfordert ein bestimmtes Stärkeverhältnis der Sozialpartner, das durch Kampfhilfeabkommen verändert sein könnte.

b. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Kampfmittel [7], der zusammen mit dem Prinzip der Sozialadäquanz [8] für Kampfmaßnahmen zu prüfen ist. Beide Grundsätze begrenzen die Wirkungen von Kampfmaßnahmen auf ein zulässiges Maß, wobei sie teilidentisch aber in Entstehung und Begründung unterschiedlich sind.

c. Der Grundsatz der Friedenspflicht [9] der Tarifpartner während der Geltungsdauer von Tarifverträgen, der hier berührt sein könnte, weil Kampfhilfe auch von Unternehmen geleistet werden kann, die ihrerseits im eigenen Tarifbezirk der Friedenspflicht unterliegen.

d. Die Grundsätze der freien Kampfmittelwahl [10] und der Neutralitätspflicht staatlicher Organe [11]. Diese Prinzipien können hier außer Betracht bleiben, Kampfhilfe erweitert allenfalls die Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Kampfmaß-

---

3) J. Kaiser, Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973; Mayer-Maly, Sozialpartnerparität als Verfassungsgebot, in Peters-FS 1974, S. 938ff

4) Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung, 1965; Nikisch, ArbR, 2. Aufl. Bd II § 63, III, 2., S. 109

5) BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf Bl 8R

6) BAG AP Nr. 38 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf, Bl 2

7) Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 146ff

8) Vgl. Nipperdey, Zeitungsstreik, S. 31f (S. 163 FN 3)

9) Kaskel/Dersch, ArbR, 5. Aufl., S. 86; Hueck, Ktr. z. TVG § 1 TVG Rdz 99ff; Seiter, Streikrecht, S. 506

10) Seiter, Streikrecht, S. 140ff

11) Seiter, ebenda, S. 173ff

nahmen und berührt die neutrale Stellung staatlicher Organe nicht. Dies würde auch dann gelten, wenn vertragliche Kampfhilfeleistungen im Klagewege durchgesetzt werden könnten, also Arbeitgebersolidarität durch staatliche Zwangsvollstreckung herbeigeführt würde; denn auf den staatlichen Rechtsschutz durch Gerichte bezieht sich die Neutralitätspflicht nicht. Das Neutralitätsgebot richtet sich vielmehr nur gegen paritätsverändernde Eingriffe oder Behinderung von konkreten Kampfforderungen [12], nicht aber gegen die vertragsrechtliche Absicherung beider Seiten zur Bereitstellung von Kampfmitteln und materiellen Hilfsquellen. Auch die Gewerkschaften können die Bankguthaben ihrer Streikkassen vor den staatlichen Rechtspflegeorganen und mit staatlichem Zwang beitreiben, ohne daß darin ein Verstoß gegen die staatliche Neutralität läge.

Streikhilfeverträge sind also auf ihre Vereinbarkeit mit den kollektiv arbeitsrechtlichen Prinzipien der tarifpolitischen Parität, der Verhältnismäßigkeit/Sozialadäquanz der Kampfmittel und der tarifvertraglichen Friedenspflicht zu überprüfen.

2. Vorfragen der Subsumtion

Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutz werden von Unternehmen gewährt, die außerhalb des Arbeitskampfes mit ihren eigenen Belegschaften Tariffrieden halten und nur deshalb überhaupt helfen können. Darum erscheint fraglich, ob Kampfhilfe überhaupt dem Regelungsbereich des Arbeitskampfrechts zuzuordnen ist.

---

12) Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 27, 45, 252; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 70, 82; Seiter, Streikrecht, S. 176ff, 179

Also ist zuerst zu klären, ob die Anwendung des Arbeitskampfrechts das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal "Kampfmaßnahme" erfordert und ob Kampfhilfe unter diesen Begriff fällt.

Die Kampfmaßnahme als tatbestandsmäßige Anwendungsvoraussetzung des Arbeitskampfrechts erfordert einen einheitlichen Kampfmaßnahmebegriff. Das Bundesarbeitsgericht hat im Zusammenhang mit der tarifvertraglichen Friedenspflicht nach einem solchen Begriff gesucht und ihn auch - für die Friedenspflicht - definiert [13]. Für das gesamte Arbeitskampfrecht aber ist eine solche Definition bislang nicht erarbeitet worden [14].

Dagegen bestehen auch grundsätzliche Bedenken. Je nach der Regelungsfunktion des einzelnen Kampfrechtsprinzips unterscheiden sich die Kampfmaßnahmebegriffe. Während für die Friedenspflicht entscheidend zwischen Tariffrieden und -kampf insbesondere bei Vorbereitungsmaßnahmen abzugrenzen ist [15], muß im Rahmen der Kampfparität jede auch indirekte Verstärkung oder Schwächung von Kampfmitteln einbezogen werden. Für den Grundsatz der Sozialadäquanz, der die Kampfbefugnis zur unerlaubten Handlung abgrenzt, müßte der arbeitskampfrechtliche Maßnahmebegriff auf Vorgänge mit Schadensfolge begrenzt bleiben [16].

---

13) BAG E 6,353: "... alle Maßnahmen ..., die den Verhandlungspartner bewußt und gewollt unter den unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzen und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen sollen ..."

14) Hueck/Nipperdey, a.a.O., S. 874f übernehmen unverändert die für die Friedenspflicht entwickelte Definition aus BAG E 6,353: Brox/Rüthers, a.a.O., S. 55; Hanau/Adomeit, a.a.O., S. 71 und Däubler, Arbeitsrecht, S. 126ff verzichten auf einen Definitionsversuch für das gesamte Arbeitskampfrecht

15) Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 79ff

16) Ders., ebenda, S. 55

Deshalb empfiehlt sich, jeweils für jeden einzelnen Kampfrechtsgrundsatz zu untersuchen, ob ihm Streikhilfe trotz ihrer Unterschiede zu den bisher gebräuchlichen Kampfmaßnahmen unterliegt. Jedenfalls aber lassen sich Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutz nicht schon aufgrund eines allgemein geltenden Kampfmaßnahmebegriffs vom Arbeitskampfrecht ausnehmen oder allen seinen Grundsätzen zuordnen.

Die Subsumtion der obengenannten arbeitsrechtlichen Prinzipien wird durch ihren richterrechtlichen Ursprung erschwert. Deshalb zeichnen sich diese kampfrechtlichen Regeln durch besondere Unschärfe aus. Ihr Sinn und Inhalt sind durchweg heftig umstritten. Ihre Anwendung erfordert deshalb jeweils vorab eine genaue Inhaltsbestimmung.

I. Kampfhilfeverträge und Koalitionsparität

A. Inhalt des Paritätsgrundsatzes

Der Inhalt des Paritätsgrundsatzes ist angesichts des schier unübersehbaren Meinungsstreits [17] darüber schwer zu ermitteln.

1. Das Paritätsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

In der Rechtsprechung ist der Paritätsgrundsatz seit langem als entscheidungstragend anerkannt [18].

Seiter hat ihn, wenn auch nur als ersten Ansatz

---

17) Insbesondere Seiter, a.a.O., S. 156ff; Rüthers JurAn 1970, 85ff; Zöllner, Aussperrung, S. 24ff

18) BAG AP Nr. 1, 9, 10, 11, 24, 35, 43 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

eines Paritäts- oder Gleichberechtigungsgedankens in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 152 GewO [19] nachgewiesen [20]. Beinahe wie in den jüngsten Entscheidungen wurde er bereits im Jahre 1928 zur gerechten Verteilung der Kampflasten verwendet [21]. Auch das BAG hat den Grundsatz der Kampfparität in vielen bedeutenden Entscheidungen als tragenden Grund herangezogen [22], wobei Waffengleichheit und Kampfparität synonym verwendet wurden [23]. So wurde der Grundsatz der Waffengleichheit vom großen Senat des BAG in einem Beschluß vom 28.1.1955 [24] aufgestellt und später in zahlreichen Entscheidungen des BAG zur Zulässigkeit von Aussperrungen und Arbeitgeberpflichten während der Dauer von Arbeitskämpfen als Grundsatz der "Kampfparität" weiterverwendet [25]. Diese Rechtsprechung ist auch im "Spielbank"-Beschluß vom 21.4.1971 [26] im Grundsatz beibehalten worden, so daß man mittlerweile das Paritätsprinzip als etablierte Regel arbeitsrechtlicher Rechtsprechung anerkennen muß. Gleichwohl ist sein Inhalt dunkel geblieben. Bemerkenswert ist insofern zweierlei: Erstens verwendet das BAG den Grundsatz nur thesenartig und verzichtet in allen Entscheidungen auf eine Inhaltspräzisierung und Begründung. Zweitens wurde das Prinzip der Kampfparität in sehr unterschiedlichem Zusammenhang verwendet. Gemeinsam ist den Entscheidungen lediglich das Bemühen um ein ausbalanciertes Kräfteverhältnis der Sozial-

---

19) Fassung v. 6.8.1896, inzwischen aufgehoben durch § 69 II des Ges. z. Ordng. der nationalen Arbeit v. 20.1.34 (RGBl I 45)

20) Ders., a.a.O., S. 157. Es handelt sich um RGSt 36, 236 (238) und RGZ 54, 255 (258f) - beide aus d. J. 1903

21) RAG ARS 2, 122 (125) und S. 128ff (131) wenngleich nicht als ausgeprägter Grundsatz, sondern als Hilfsargument

22) S.o. FN 18

23) Vgl. BAG AP Nr. 1 (Bl. 8R), Nr. 6 (Bl. 2) zu Art. 9 GG Arbeitskampf

24) BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf = BAG E 1, 291 (308)

25) S.o. FN 18

26) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BAG E 23, 292 (308)

partner. Dabei wurde ein Gleichgewicht für das Durchsetzungsvermögen mit Kampfmitteln (Streik - Aussperrung, Suspensivaussperrung, lösende Aussperrung) [27], für kampfbegleitende Verhaltensweisen (Zahlung von Urlaubsgeld, Betriebsrisikolehre) [28] aber auch für eine umfassende Kräftegleichheit ("paritätische Verhandlungschancen") [29] verwendet. Die Rspr. hat also das Paritätsprinzip im Arbeitskampfrecht als beliebig verwendbares "Tariergewicht" eingesetzt. Drohende Kräfteverschiebungen wurden ohne Erwähnung der befürchteten Folgen als untragbar beurteilt und deshalb verhindert. So beispielsweise in

BAG AP Nr. 1 zu Art 9 GG Arbeitskampf:

(eine Beschränkung der Arbeitgeber auf das Kampfmittel der suspendierenden Aussperrung)" ... würde, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, dem Prinzip der Kampfparität widersprechen und das Risiko des Arbeitskampfes einseitig zugunsten der Arbeitnehmerseite erleichtern."

BAG AP Nr. 6 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2:

"Würde der Arbeitgeber gehindert ... " (am Streik Nichtbeteiligte)" ... auszusperren, würde der Grundsatz der Waffengleichheit verletzt ... Das würde seine Stellung im Arbeitskampf beeinträchtigen, also gegen den Grundsatz der Kampfparität verstoßen."

BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7R:

"Unsere Rechtsordnung geht davon aus, daß der Arbeitgeber ... den ersten Akt eines Arbeitskampfes ergreifen kann. Denn anderenfalls wäre nicht gewährleistet, daß es durch Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen ... kommt."

Warum eine ungerechte Risikoverteilung gegeben sein soll, warum eine unerträgliche Benachteiligung eintritt oder "Druck und Gegendruck" unmöglich werden, bleibt in diesen Entscheidungen offen und ist wohl auch nicht ohne weiteres zu belegen. Diese Spruchpraxis ist weder auf

---

27) BAG AP Nr. 1, 6, 10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

28) BAG AP Nr. 35 zu Art. 9 GG Arbeitskampf;
BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

29) BGH AP Nr. 38 (Bl. 2) zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Herleitung und Inhalt noch auf die Folgen des Paritätsgrundsatzes eingegangen.

Seiter [30] sieht in dieser Rechtsprechung ein Bekenntnis zur Kampfparität und eine Absage an unparitätische Arbeitskampfmodelle. Das mag sein. Jedoch läßt sich aus dieser Rechtsprechung nur wenig über einen subsumtionstechnisch brauchbaren Paritätsinhalt gewinnen.

2. Das Paritätsprinzip im Schrifttum

In der Literatur gibt es zum arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip zahlreiche gegensätzliche Auffassungen [31]. Mehrere Autoren halten den Paritätsgedanken wegen übertriebener Abstraktionshöhe und notwendiger Unschärfe für weitgehend unverwendbar [32]. Demgegenüber wird er von der Mehrheit [33] als selbstverständlicher Grundsatz gewertet, wobei über Inhalt und dogmatische Grundlagen wieder sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. So werden ein formelles Paritätsverständnis [34], das sich auf eine Bewertung des Kampfinstrumentariums beschränkt, und eine materielle Auffassung unterschieden, die außer den Kampfmitteln auch sonstige "sozio-ökonomische Faktoren" im

---

30) BGH AP Nr. 38 (Bl. 2) zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 158

31) Nur beispielhaft: Evers, a.a.O., S. 29f; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, S. 196ff; Hueck/Nipperdey, Lb Bd II/2, S. 928f; Kaiser, J., Die Parität der Sozialpartner, 1973, S. 51; Lerche, a.a.O., S. 71ff; Mayer-Maly, Peters-FS, S. 940; Reuss, AuR 1963, 225; Rüthers Jur An 1970; 85ff; Seiter, a.a.O. S. 156ff; Steindorff RdA 1965, 255; Säcker, Gruppenparität S. 98ff, 112ff; Zöllner, Aussperrung S. 24f

32) Esser, Vorverständnis u. Methodenwahl, S. 196f; Rüthers a.a.O., S. 108; van Gelder, AuR 1969,207ff

33) Evers, Hueck/Nipperdey, Lerche, Seiter, Steindorff, Zöllner jeweils a.a.O. (FN 36) sowie Söllner, ArbR, 1969, S. 97; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 45, 296

34) Dazu genauer Zöllner a.a.O., S. 28f; Manfred Wolf ZfA 1971, 151f; Reuß AuR 1963, 225

Kräftespiel der Sozialpartner berücksichtigt. Innerhalb der wohl vorherrschenden materiellen Paritätsauffassung wiederum wird darüber diskutiert, ob Parität abstrakt [35], d.h. allgemein für das typische Kräfteverhältnis oder konkret im jeweils konjunkturell, politisch und/oder strukturell veränderten Einzelfall bestehen soll [36]. Ferner wird gefragt, ob Parität nur im Verhältnis der Tarifpartner zueinander oder auch im Individualarbeitsverhältnis herrschen soll [37], ob es genügt, Parität bei den Verteilungsmitteln sicherzustellen oder ob auch gleichgewichtige Angriffswaffen erforderlich sind [38].

Leider folgt aus diesen Überlegungen wenig für den Inhalt des Paritätsprinzips, da sie lediglich schematische Differenzierungsmöglichkeiten aufzeigen, mit deren Hilfe die unfertigen Paritätsvorstellungen eine scheinbar systematische Begründung erhalten sollen. Der Inhalt des Grundsatzes wird dadurch nicht klarer. Die benutzten Argumente machen dies deutlich. Die materielle Paritätsauffassung wird der formellen vorgezogen, weil sie auch Faktoren berücksichtige, die ein rein formell, d.h. numerisch nach Kampfmitteln balanciertes Kräfteverhältnis verzerrend überlagern können. Auf sogenannte konkrete Parität wird deswegen verzichtet, weil es jedenfalls zur Zeit noch unmöglich scheint, den Einfluß wechselnder Wirtschaftslagen für den Arbeitskampf abzuschätzen und wirksam auszugleichen [39]. Auch wird gegen die Anwendung des Paritätsprinzips eingewandt, es könne mangels empirisch fundierter

---

35) Wohl h.M., Seiter, a.a.O., S. 163; Zöllner, Aussperrung, S. 34; unklar Kaiser, J., a.a.O. (FN 31), S. 9, der situationsbedingtes Ungleichgewicht anscheinend aus einer dialektisch-materialistischen Geschichtsdeutung vernachlässigen will.

36) Eine konkrete Gleichgewichtsprüfung verlangt und versucht Manfred Wolf ZfA 1971 (151ff), 155f, 159 - 170

37) Seiter, a.a.O., S. 162

38) Seiter, a.a.O., S. 163

39) Lerche, a.a.O., S. 72

Gleichgewichtsuntersuchungen über das Verhältnis der Sozialpartner allenfalls ein Postulat formeller Gleichbehandlung sein [40]. Ein brauchbarer Maßstab für die Parität ist hierin nicht zu erkennen.

Auch hilft kaum weiter, über die Herleitung des Paritätsprinzips auf seinen Inhalt zu schließen. Das Schrifttum nennt eine Vielzahl von Rechtssätzen als Grundlage des Paritätsprinzips.

Die Mehrzahl der Autoren leitet es aus Art. 9 Abs. 3 GG her [41]. Ergänzend werden als Rechtsquellen genannt: das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG [42], das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, die grundrechtliche Entfaltungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Eigentumsrecht nach Art 14 GG [43].

Eine Herleitung aus dem Sozialstaatsprinzip verwirft Mayer-Maly zu Recht schon wegen der Unbestimmtheit einer Sozialstaatsmaxime [44]. Auch ein Zusammenhang zwischen staatlicher Neutralität und Kräfteverhältnis der Koalitionen ist nicht ersichtlich, zumal Neutralität gerade ein Beiseitestehen oder Heraushalten bezeichnet, bei dem nicht auf das Stärkeverhältnis der Betroffenen abgestellt wird [45].

---

40) Rüthers JurAn 1970 (85ff); 88f, 111, m.w.N., meint, ohne empirische Gleichgewichtsuntersuchung sei der Paritätsgrundsatz auf die Bedeutung einer formalen Gleichbehandlungsthese zur Wahrung des status quo beschränkt.

41) Evers, a.a.O. (FN 31), S. 32; Hueck/Nipperdey, ArbR, S. 928f; Kaiser, J., a.a.O., S. 13f; Mayer-Maly, Peters-FS, S. 942

42) Evers u. Hueck/Nipperdey ebenda, dagegen Zöllner, Aussperrung, S. 28f

43) Brox-Rüthers; ArbkpfR, S. 45; Kaiser, J., a.a.O., S. 13

44) Ders., Peters-FS 1967, S. 941f

45) Dies erscheint umso widersinniger als eine hoheitliche Gleichbehandlung in dem "staatsfreien" Raum der Tarifautonomie - wie Meissinger ihn betont (FN 48) - mangels jeglichen hoheitlichen Eingriffs von vornherein gegenstandslos ist.

Am ehesten scheint erklärlich, ein Gleichgewichtsverhältnis aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG herzuleiten, wobei allerdings übersehen wird, daß Art. 3 Abs. 1 GG mit Rücksicht auf die spezifischen Unterschiede zwischen Unternehmer- und Arbeitnehmerkoalitionen nur ein sehr vages Willkürverbot enthalten kann, das nur nach genauer Kenntnis des gegenwärtigen Kräfteverhältnisses der Sozialpartner anwendbar wäre [46]. Dieses Kräfteverhältnis ist von so komplexen Faktoren abhängig, daß genaue Analysen bisher wegen erkenntnistheoretischer Grenzen nicht möglich waren [47].

Evers [48] hat versucht, dem Paritätsprinzip über seine rechtshistorischen Wurzeln näherzukommen. Er führt den Paritätsgedanken auf die Konfessionsparität im postreformatorischen Staatskirchenrècht zurück. Es würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausführen, dieser rechtshistorischen These genauer nachzugehen. Doch läßt sich das Paritätsverhältnis der Konfessionsgruppen, wie es z.B. nach dem Westfälischen Frieden von 1648 in Reichsorganen aufgebaut wurde, nicht als Vergleichsmodell für ein mögliches Paritätsverhältnis der Sozialpartner heranziehen.

Es bestand Zahlenparität in den Verfassungsorganen des Reiches (Reichsdeputationen, Reichsämtern), die zu einer rein rechnerischen Gleichstellung führte und nur für die Beteiligung an fremder Verwaltung, nämlich der des Reiches, bestand, nicht aber für die unmittelbaren Beziehungen der Konfessionsgruppen zueinander [49].

---

46) Übereinstimmend Evers, a.a.O., S. 45; Lerche, a.a.O., S. 67, 73ff

47) Mit gleichem Ergebnis Zöllner, Aussperrung, S. 51, der allerdings eine Realanalyse - insofern weitergehend - für untauglich hält, weil er das Kräfteverhältnis der Sozialpartner rein juristisch normativ beurteilen will.

48) Ders., Arbeitskampffreiheit, S. 29f

49) Dazu Kunst/Herzog/Schneemelcher; Evangelisches Staatslexikon; Stuttgart 1975, Stichwort "Parität", S. 1753ff I, A, D, E

Die damalige Zahlenparität nach Köpfen läßt sich nicht mit dem Kampfinstrumentarium der Sozialpartner vergleichen. Auch fehlt, anders als beim Abstimmungsprinzip der Reichsdeputationen (eine Stimme pro Kopf), ein fester Maßstab für die Wirksamkeit von Kampfmitteln der Tarifvertragspartner.

Meissinger [50] und Steindorff [51] betrachten das Paritätsprinzip als zweckmäßigen bzw. organisatorisch unverzichtbaren Grundsatz der durch Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzten tarifpolitischen Selbstverwaltung der Sozialpartner.

Mit gleichem Denkansatz haben auch Zöllner [52] und Seiter [53] versucht, durch topologische [54] Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG einen zwingenden Funktionszusammenhang zwischen Verfassungsgrundsätzen und Paritätsprinzip nachzuweisen.

Die zentrale Aufgabe der Koalitionen sehen sie in der Vorbereitung und im Abschluß von Tarifverträgen, weil jede Koalitionsbetätigung, die der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen diene, vor allem aber der Tarifkampf, ihren Endzweck im Abschluß von Tarifverträgen habe. Tarifverträge wiederum erforderten gleichgewichtigen Einfluß beider Partner auf den Vertragsinhalt: Koalitionsparität [55].

---

50) Ders., Reliefbild des ArbR's, 1952, S. 17f

51) Ders., RdA 1968, 255 (158); wohl zustimmend Lerche, a.a.O., S. 66

52) Zöllner, Aussperrung, S. 30

53) Seiter, Streikrecht, S. 160ff, 170/71

54) "topologisch" i.S. von K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in Deutschland, 7. Aufl. 1974, S. 27f: "Gesichtspunkte zu finden, die im Wege der inventio aufgesucht im Für und Wider des Meinungsmäßigen gebraucht werden und die Entscheidung möglichst einleuchtend begründen (topoi)". Sinngemäß so auch Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, S. 151ff Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl. 1969, S. 141ff, 150ff; ebenda 3. Aufl. 1975, S. 139ff ("topisch")

55) Vgl. FN 52, 53 und zustimmende Bespr. von Löwisch ZFA 1975, 238f

Zutreffend ist insofern sicherlich, daß Tarifverträge nach ihrer historisch gewachsenen Bedeutung einerseits, andererseits aber auch und vor allem wegen ihrer gesetzlichen und richterrechtlichen Ausgestaltung als fester Bestandteil der Verfassungswirklichkeit gelten können.

Zöllner und Seiter gehen dabei mit der herrschenden Vertragslehre [56] davon aus, daß der Vertragsschluß Verhandlungsparität der Beteiligten erfordert, um den Charakter einer Vereinbarung zu behalten und ein einseitiges Diktat zu vermeiden [57].

Diese Verhandlungsparität verstehen Zöllner/Seiter als eine abstrakte, d.h. grundsätzliche und nicht etwa auf jeden Einzelfall bezogene materielle Machtgleichheit der Sozialpartner [58]. Die Merkmale dieser Parität liegen damit jedoch noch nicht fest.

Für die Anwendung des Paritätsprinzips fragt sich deshalb, ob das gewünschte Gleichgewicht bereits besteht oder ob einer der Sozialpartner zum Ausgleich seiner Unterlegenheit zusätzliche Kampfmittel benötigt. Nach dem derzeitigen Erkenntnisstand wird sich diese Frage kaum beantworten lassen, denn es gibt keinen geeigneten Beurteilungsmaßstab, um festzustellen, ob und in welchem Maße ein Ungleichgewicht an Verhandlungsmacht zwischen den Tarifpartnern herrscht. Bisherige Versuche, das Kräfteverhältnis der Sozialpartner durch Vergleiche ihrer finanziellen Ressourcen und Bedürfnisse zu analysieren, sind gescheitert [59]. Auch auf der

---

56) Ballerstedt in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd III/1 1958, S. 1ff (67); Biedenkopf, Böhm-FS 1965, S. 113 (117); Esser, SchuldR, 4. Aufl. Bd I 1970 § 11, I, S. 82; Mestmäcker JZ 1964, 441; Sandrock AcP 159 (1960/61), S. 496ff

57) Seiter, Streikrecht, S. 164ff, 166; Zöllner, Aussperrung, S. 37

58) Seiter, a.a.O., S. 172f, Zöllner, a.a.O., S. 31, 54

59) Zöllner, a.a.O., S. 37ff, wo er auf bisherige Nachweisversuche mit Zahlenbeispielen eingeht

äußerlich erkennbaren Tarifpolitik der Sozialpartner im Einzelfall lassen sich hierfür keine Schlüsse ziehen, weil sie möglicherweise ihre Kräfte (un-) bewußt nicht einsetzen oder gar selbst von einem vermeintlichen Gleichgewicht ausgehen.

Andererseits spricht der seit langem andauernde soziale Friede für weitgehend ausgeglichene Kräfteverhältnisse. Auch die Rechtsprechung, die wiederholt ein solches Gleichgewicht stillschweigend vorausgesetzt hat [60], hat keineswegs zur einseitig bevorteilenden Ergebnissen geführt, wie dies bei einer Verstärkung des vorhandenen Obergewichts einer Seite hätte der Fall sein müssen. Deshalb ist zunächst, mangels gegenteiliger Erkenntnisse, von einem weitgehenden Kräftegleichgewicht der Sozialpartner auszugehen [61].

Nach Auffassung von Zöllner und Seiter und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG sind bei Anwendung des Paritätsgrundsatzes folgende Fragen zu prüfen:

a: Erzielt einer der Sozialpartner einen abstrakten (im Gegensatz zum konkreten, situations- oder konjunkturabhängigen) Machtzuwachs?

b: Ändert sich das materielle Kräfteverhältnis der Sozialpartner gegenüber der bisherigen Lage?

Diese Paritätsvorstellung des neueren Schrifttums ist, soweit ersichtlich, nicht auf grundlegende Kritik gestoßen und soll deshalb im folgenden als die überwiegend vertretene Auffassung kritisch gewürdigt werden.

---

60) Hier sind alle Entscheidungen zu nennen, die bereits geringfügige Besserstellungen einer Seite als paritätswidrig ablehnten, z.B. BAG AP Nr. 11 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf, Bl. 2 R; ebenda Nr. 24 (Bl. 2Rf); Nr. 35 (Bl. 2R)

61) Ebenso Rüthers JurAn 1970, 110f

3. Kritik

a: Das neuere Schrifttum fordert gleichgewichtige Verhandlungsmacht der Sozialpartner aufgrund der Vorstellung, ein inhaltlich ausgewogener Tarifvertrag könne nur zwischen gleichberechtigten Verhandlungspartnern erzielt werden. Eine abstrakte Paritätsvorstellung wird diesem Erfordernis jedoch nicht gerecht.

Die Tarifvertragsparteien sind im konkreten Einzelfall nicht gleich stark. Zumindest läßt sich eine völlige Kräftegleichheit nicht für jede Verhandlungsfrage juristisch sicherstellen. Das Kräfteverhältnis der Sozialpartner unterliegt konjunkturellen und marktbedingten Schwankungen, die sich weder durch administrative Entscheidungen noch durch Rechtssätze völlig ausgleichen lassen [62]. Konkrete Verhandlungsparität ist somit nicht zu gewährleisten. Deshalb fordert Seiter [63] lediglich eine abstrakte Verhandlungsparität. Diese kann jedoch einseitige Vertragsdiktate nicht ausschließen, denn der konkrete Vertragsinhalt ergibt sich im Einzelfall jeweils aus der konkreten Verhandlungslage.

Wenn also zwischen der Verhandlungsmacht der Vertragspartner und der Ausgewogenheit des Vertragsinhalts ein zwingender Zusammenhang bestünde, würde die abstrakte Paritätsvorstellung des arbeitsrechtlichen Schrifttums nicht genügen, um Ausgewogenheit in Tarifverträgen sicherzustellen.

b: Aber auch an dem vorausgesetzten Zusammenhang zwischen Verhandlungsparität und Vertragsinhalt bestehen Zweifel.

Zöllner fordert Verhandlungsparität, um Ausgewogenheit des

---

62) Brox, Nipperdey-FS 1965, Bd II, S. 67; Molitor RdA 1955, 474; Ramm JZ 1961, 278

63) Ders., Streikrecht, S. 163f

Tarifvertragsinhalts zu gewährleisten [64].

Flume [65] hat gegen eine Verknüpfung von Verhandlungsmacht und Vertragsinhalt eingewandt, der Vertrag sei zwar prädistiniert, um einen Kompromiß zu erzielen, inhaltlich aber wegen der Unwägbarkeit der beteiligten Interessen weder "richtig" noch "falsch". Es mag sein, daß die Begriffe "richtig" und "falsch" für Aussagen über die Brauchbarkeit eines Kompromisses verfehlt sind, wichtiger erscheint jedoch an Flumes Einwand, daß ein bestimmter Kausalnexus zwischen vertraglicher Ausgangslage - dem Kräfteverhältnis der Verhandelnden - und dem Vertragsinhalt nicht ohne weiteres besteht. Die Vertragsschließenden sind nämlich im Regelfall unterschiedlich stark an der Vereinbarung interessiert und machen deshalb auch unterschiedlich starken Gebrauch von ihrer Verhandlungsmacht, selbst wenn diese Macht bei extremer Ausnutzung gleich groß wäre.

---

64) Dies beruht auf der Schmidt-Rimpler'schen These von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages, vergl. ders. AcP, 147 S. 131f. Danach bietet ein Vertrag inhaltliche Richtigkeitsgewähr, weil die Vertragsschließenden ihre verhandelten Interessen gegensätzlich wahren und so zu einem gerechten Interessenausgleich finden (prägnant Ballerstedt, Die Grundrechte III/1, S. 67; Schmidt-Rimpler AcP 147, S. 130ff, 153ff) Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 85ff S. 87 hat diese These von der optimalen Kompromissteuerung durch Verträge zutreffend aus ihrem historischen Hintergrund erklärt und eingeschränkt. Sie war zur Zeit der Veröffentlichung - 1941! - dazu gedacht, den Vertrag als Rechtsinstitut der Privatautonomie gegenüber der zunehmend planwirtschaftlichen Tendenz des damaligen NS-Staates als das bessere Steuerungsinstrument herauszustellen. Daß der Vertrag die einzige Möglichkeit zu gerechtem Interessenausgleich bietet und insbesondere etwa im Verhältnis der Sozialpartner als einziges Ausgleichsinstrument in Frage kommt, war damit nicht gemeint. Erst als diese Richtigkeitsgewähr-These von anderen Autoren aufgegriffen und auf den Vertragsinhalt bezogen wurde, erschienen plötzlich das iustum pretium des Vertrags und die Parität der Vertragspartner miteinander so verknüpft wie auch Zöllner, Aussperrung S. 30, 37 und Seiter, Streikrecht, S. 164ff, 166, 170 dies zur Herleitung des Paritätsprinzips voraussetzen. Diese Verknüpfung von Vertragsparität und Inhaltsrichtigkeit wird im Anschluß am Schmidt-Rimpler heute jedoch durchweg im Schrifttum vertreten; vergl. 69/163.

65) Flume, Rechtsgeschäft, S. 7f

Deshalb stellt die Kräftegleichheit der Vertragsparteien nicht sicher, daß sie immer gleich stark zum Vertragsinhalt beitragen.

Insgesamt läßt sich also feststellen, daß kein zwingender Funktionszusammenhang zwischen tarifpolitischer Parität und "gerechtem Vertragsinhalt" besteht. Außerdem läßt sich ein konkretes Verhandlungsgleichgewicht nicht gewährleisten. Abstrakte Verhandlungsparität - obschon rechtlich realisierbar - führt nicht immer zu einem ausgewogenen Vertragsinhalt, da in der konkreten Verhandlungslage ein einseitiges Obergewicht bestehen kann.

4. Eigene Herleitung

Die vorstehenden Oberlegungen haben gezeigt, daß auch Gleichgewichtigkeit der Vertragspartner im Sinne einer abstrakten Parität keine Vertragsgerechtigkeit gewährleisten kann. Möglicherweise aber setzen Tarifverträge wegen ihrer besonderen Entstehungsmerkmale ein bestimmtes Kräfteverhältnis der Tarifpartner voraus, ohne damit gleich eine völlige Kräftebalance zu verlangen.

Bei den Vertragsschlüssen privatautonomer Parteien gibt es eine solche Balanceforderung nur in extremen Fällen einseitiger Obermacht (§§ 138, 242 BGB, Kündigungsschutzgesetz, Abzahlungsgesetz, § 22 Abs. 1 und 5 GWB). Ein besonderes Balanceerfordernis von Tarifverträgen müßte sich also beim Vergleich von privatautonomem und tarifautonomem Vertragsschluß nachweisen lassen. Privatrechtliche Verträge beruhen auf einer bloß formal-juristischen Gleichstellung aller bürgerlichrechtlichen Rechtssubjekte und gewähren trotz erheblicher Unterschiede wirtschaftlicher Verhandlungsmacht ein Höchstmaß an Vertragsgerechtigkeit, solange die Vertragswilligen unter einer Vielzahl von abschlußbe-

reiten Partnern nach dem günstigsten suchen können [66]; m.a.W. die Befriedigungswirkung eines Vertragsschlusses ist umso höher, je vollkommener die Marktverhältnisse sind, unter denen sich das Tauschverhältnis bildet. Dieser Mechanismus wird durch jede Art von wettbewerbsbeschränkender Marktmacht gestört und kann dann zu einseitiger Übermacht führen. Gegen solche "Entartungserscheinungen" wird die Privatautonomie durch Schutznormen weitestmöglich abgesichert. Beispielhaft sind das AGB-Gesetz und die Rechtsprechung zu §§ 138, 315 Abs. 3, 242 BGB zu nennen. Derartige Schutznormen fehlen im Tarifvertragsrecht, obwohl sich die Sozialpartner nicht auf einem freien Markt unter vollkommenen Konkurrenzverhältnissen gegenübertreten, sondern zum entscheidenden Teil "kartellartig" [67] organisiert sind. In zahlreichen Branchen und bei Mittel- und Großbetrieben sind Produktion und Absatz ohne tarifpolitische Einigung mit der zuständigen Gewerkschaft nicht durchführbar. Gleiches gilt umgekehrt von der Reichweite der Arbeitgeberverbände. Daraus ergibt sich für Tarifverträge, daß die Sozialpartner in hohem Maße aufeinander festgelegt sind, sich also nicht durch Partnerwechsel einer Knebelung entziehen können. Das Verhältnis der tarifautonomen Sozialpartner ist deshalb mit jenen Verhandlungssituationen vergleichbar, in denen Schutznormen des AGB-Gesetzes und die §§ 138, 242 BGB zum Zuge kommen [68]. Einen entsprechenden Schutz vor Knebelungen gibt es im Tarifvertragswesen jedoch nicht. Folglich müßte dort durch eine

---

66) Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 36f: "... das bloße Angewiesensein auf eine Möglichkeit der Appropriation ..."; Ramm AcP 160, S. 74 (75f): "... Chance anderer Vertragsabschlüsse ..."; Reinhardt, Richter und Rechtsfindung 1957, S. 21ff: "... also ... nicht auf Gedeih und Verderb auf den anderen angewiesen ist."

67) Schöning, Ordnungspolitische Gestaltung der Arbeitsmärkte, Diss. Marburg 1965, S. 4ff, 14f spricht von einem doppelseitigem Monopol

68) Dazu Flume, Rechtsgeschäft, S. 11

gewisse Mindeststärke die Hauptursache vertraglicher Knebelung, ein deutliches sozio-ökonomisches Obergewicht, vermieden werden.

Ferner setzt unser Arbeitsrecht, anders als das privatautonome Vertragsrecht, gerade für die am TV Beteiligten eine ausreichende Verteidigungsfähigkeit voraus. Dies zeigen die tarifdispositiven Schutznormen der § 13 Abs. 1 BUrlG, § 622 BGB sowie die Kontrollaufgaben der Tarifvertragsparteien für tarifdispositive Vergleiche gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG. Ohne Sozialpartner, die jeweils für sich zu ausreichender Interessenverteidigung fähig sind, wären diese Regelungen ein Freibrief für Knebelungsfälle. Sie lassen also darauf schließen, daß der Gesetzgeber ein bestimmtes Schutzpotential jedes Sozialpartners voraussetzt.

Wenn man aus diesem Erfordernis tarifpolitischer Verteidigungsfähigkeit ein bestimmtes Kräfteverhältnis der Sozialpartner herleiten will, müßte sich dieses Mindestpotential näher bestimmen lassen. Dabei ist die besondere Verhandlungslage der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen.

Bei Tarifverträgen drohen Knebelungen überhaupt nur deshalb, weil sich der jeweilige Vertragspartner nicht seinem Gegenüber entziehen und einem anderen zuwenden kann, wie in einem freien Markt. Um diesen Nachteil auszugleichen, muß jeder Partner die Kraft haben, gegenüber dem Knebelungsversuch des anderen die vertragliche Einigung solange zu verweigern, bis sich die Ausgangslage ändert und Knebelungswille oder -macht abgebaut sind. Anschließend ist die Einigung mit dem alten Partner ebenso verbessert möglich, wie wenn ein Ersatzpartner gefunden wäre.

Deshalb sollte jede Tarifpartei mindestens so stark sein, daß sie einen Tarifabschluß verweigern kann, bis ihr Gegenspieler die aus dem Vertrag erhofften Vorteile durch die Nachteile des Arbeitskampfes einbüßt.

Wenn z.B. die Tarifpartner über eine Lohnerhöhung streiten und Streik bzw. Aussperrung einsetzen, läßt sich diese Erhöhungsspanne als Mehrbelastung der Arbeitgeberseite in absoluten Zahlen beziffern und den Kampfschäden (Lohnausfall, Produktionsminderung) gegenüberstellen. Schon bei einem Vergleich relativer Zahlenwerte zeigt sich, wie schnell das Kostenrisiko die Gewinnchancen eines Arbeitskampfes aufhebt und damit den Tarifkampf mitsamt seinen Knebelungswirkungen nutzlos werden läßt. Bei einem fünftägigen Streik um 1 % Lohnerhöhung für einen 12-monatigen Tarifvertrag entstehen bei 200 jährlichen Arbeitstagen, einem um 20 % erhöhten Überstundenlohn und gewerkschaftlicher Streikunterstützung in Höhe von 50 % des Nettolohnes, für die Arbeitgeberseite mindestens 2,5 % (bei Nachholen des Produktionsausfalls ggf. 3 %) der reinen jährlichen Lohnkosten als Zusatzbelastung. Auf Arbeitnehmerseite haben Gewerkschaft und Mitglied jeweils Zeit- oder Geldverlust von etwa 1,25 % des jährlichen Nettolohnes. Für beide Seiten entstehen also aus dem Arbeitskampf größere Belastungen, als der umkämpfte Vorteil aufwiegen könnte. Deshalb würde der Arbeitgeberseite ein Kampfpotential von etwas mehr als 5 Aussperrungstagen genügen, um die Gewerkschaften von einem Knebelungsversuch zur Durchsetzung von 1 % Lohnerhöhung abzuhalten.

Nur einen scheinbaren Widerspruch zu dieser Grundregel bilden Streiks, die ohne Rücksicht auf ihre Vorteilsrelation durchgeführt werden, wie z.B. der Druckerstreik in der Bundesrepublik Deutschland im April/Mai 1976 [69]. Diese Arbeitskämpfe werden regelmäßig um ihrer gesamtwirtschaft-

---

69) Lt. FAZ Nr. 233/77 (v. 7.10.77) S. 13, kostete der 19-tägige Streik die Druckergewerkschaft 33 Mio. DM. Um nach dieser Belastung die alte Finanzkraft wieder zu erreichen, seien unter Einrechnung der entstandenen Zinsverluste 11 - 12 Jahre hindurch jährliche Rücklagen von etwa 5 Mio. DM erforderlich. Bisher aber sei die Druckergewerkschaft noch in keinem Haushaltsjahr zu derart hohen Rücklagen im Stande gewesen.

schaftlichen Signalwirkung willen geführt und darum auch von anderen Verbänden unterstützt. Ihre Kostenlast ist darum auf alle beitragenden Verbände umzurechnen. Diese Verbände aber achten ihrerseits wieder auf die Zahlenrelationen und werden tunlichst auf Arbeitskämpfe verzichten, die die Gegenseite zu einem Kampf zwingen, der beiden mehr schadet als nützt. Unter diesen Umständen bleibt den Sozialpartnern nur die kampflose Verhandlung als sinnvoller Ausweg.

Jedem Tarifpartner wird also eine Kampfkraft genügen, die ihn befähigt, den anderen nachhaltig zu "schädigen". Im übrigen kann ohne weiteres ein erhebliches Machtgefälle bestehen. Die komplexe Kräftegleichheit an Kampf- oder Verhandlungsmacht ist folglich verzichtbar. Ein "paritätisches" Stärkeverhältnis der Sozialpartner ist nur in einem sehr eingeschränkten Maße vonnöten, nämlich nur als ein Mindestpotential an Vertragsverweigerungsmacht, daß die Vorteile eines möglichen Kampfzieles durch ebenso nachhaltige Kampffolgen entwertet werden.

Diesem Paritätskonzept läßt sich auch nicht entgegenhalten, manche tarifpolitischen Pressionsversuche ließen sich, weil sie die Position eines Sozialpartners im ganzen bedrohten, nur unter Einsatz aller seiner Kräfte abwehren, so daß doch wieder ein umfassendes Kräftegleichgewicht erforderlich sei. Denn keiner der Sozialpartner wird jemals so weit gehen, dem anderen die Daseinsgrundlage zu entziehen. Beide sind im gegenseitigen Interesse aufeiander angewiesen und trachten selbst danach, einen gleichgerechtigten Sozialpartner zu erhalten [70]. Für tarifpolitische Ausein-

---

70) J. Kaiser, Sozialpartnerparität, S. 14/15 belegt dies durch ein Beispiel aus der unmittelbaren Nachkriegszeit: Bestandteil der alliierten, vor allem angelsächsischen 'reeducation' war der Versuch, eine deutsche Demokratie von links aufzubauen, indem zunächst nur Arbeitnehmerverbände offiziell zugelassen wurden. In dieser Lage singulären Ungleichgewichts bemühten sich die Gewerkschaften, die Rechtsgleichheit wiederherzustellen, indem sie die Besatzungsmächte um Zulassung von Arbeitgeberverbänden ersuchten, denn nur gemeinschaftlich mit ihnen könnten die Gewerkschaften tarifvertragliche Rechtssetzung vornehmen (w. Nachw. bei J. Kaiser, Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 185f, 111 FN 42)

andersetzungen genügt deshalb ein Drohpotential, das die Bedeutung der anstehenden tarifpolitischen Entscheidungen aus der Sicht des jeweiligen Vorteilssuchenden aufwiegt. Parität ist somit allein als "Drohparität" zu verstehen. Sie braucht nur in Gestalt einer beiderseitigen Schädigungsmöglichkeit vorhanden zu sein, nicht aber, wie bisher überwiegend vertreten wurde, in einer umfassenden Kräfte- oder Einflußgleichheit zu bestehen [71].

Damit ist der Rahmen notwendiger Abwehrparität gesteckt. Sie ist immer dann hinreichend gegeben, wenn sich die Sozialpartner dem Vertragsverlangen des Vorteilssuchenden mit Streik oder Aussperrung widersetzen können, dadurch seine Vorteilsaussichten mit drohenden Kampfschäden entwerten und ihm nur faire Verhandlungen als nutzbringenden Ausweg offen lassen.

In Zahlenwerten läßt sich diese Mindestverteidigungsstärke nur für den Einzelfall genau ermitteln. Gesamtwirtschaftlich aber lassen sich nur Tarifsprünge von maximal 10 - 12 % p.a. nachweisen. Für eine grundlegende Änderung dieses Entwicklungstempos gibt es keine Anhaltspunkte. Der "Streitwert" solcher Tarifsteigerungen läßt sich für alle Wirtschaftszweige in absoluten Zahlen ermitteln. Eine Beispielsrechnung ist im Rahmen dieser Arbeit verzichtbar, denn schon beim Betrachten der relativen Zahlenwerte lassen sich Fälle hinreichender Parität leicht erkennen. Ein 10 %iger Lohnzuwachs wird bei 200 jährlichen Arbeitstagen und 50 %iger Streikunterstützung aus Sicht des einzelnen Arbeitnehmers durch die Lohneinbußen von 20 Kampftagen entwertet. Wenn die Arbeitgeberseite also deutlich mehr als 20 Streiktage durchhalten kann, ist sie gegenüber den Lohn-

---

71) Dies namentlich von Gewerkschaftsseite, Kittner GewMh 1973, 91ff (100f), aber auch von anderen Autoren z.B. Zöllner, Aussperrung, S. 30, der allerdings recht widersprüchlich insgesamt gleiche Verhandlungschancen fordert, andererseits eine "Gesamtparität" ablehnt (S. 25f) und diese nur auf den TV beziehen will.

forderungen, die in der deutschen Tarifpolitik zu erwarten sind, hinreichend gewappnet: Verteidigungsparität ist gewährleistet.

5. Ergebnis

Die Vereinbarkeit der Kampfhilfeabkommen mit dem kampfrechtlichen Paritätsgrundsatz richtet sich entsprechend der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung danach, ob die Arbeitgeber durch Kampfhilfe einen abstrakten Machtzuwachs erzielen und ob sich dadurch das Kräfteverhältnis der Parteien verändert. Diese abstrakte Parität kann einseitig bevorteilende Verhandlungsergebnisse nicht verhüten. Außerdem besteht zwischen Verhandlungsmacht und Vertragsinhalt kein eindeutig bestimmbarer Zusammenhang. Vielmehr ist erforderlich und genügend, wenn jeder Sozialpartner in der Lage ist, der Gegenseite im Arbeitskampf so schwere Schäden zuzufügen, daß diese Nachteile die möglichen Vorteile des Kampfzieles aufwiegen (Abwehrparität). Für das Tarifvertragswesen in der Bundesrepublik Deutschland ist dazu ein Schädigungspotential nötig, das Lohn- und Gehaltssteigerungen von ca. 12 % p.a. entspricht. In der folgenden Subsumtion soll neben der hier vertretenen Auffassung von der erforderlichen Abwehrparität das Paritätsverständnis des Schrifttums berücksichtigt werden.

B: Subsumtion

1. Subsumtion nach den Erfordernissen der Abwehrparität

a. Wirkungsunterschiede in der Gewöhnungs- und Routinephase

Ob Kampfhilfeabkommen die Durchsetzungsmacht der Arbeitgeberseite erhöhen, hängt von zwei Voraussetzungen ab: Streikhilfeabkommen müßten den Arbeitgebern Kampfvorteile verschaffen und zusätzlich müßten diese Vorteile nach dem hier vertretenen Paritätsverständnis so bedeutend sein, daß sie das mindestens erforderliche Abwehrpotential der Arbeit-

nehmer beeinträchtigen.

Ob die Arbeitgeberseite überhaupt durch Kampfhilfeabkommen tarifpolitische Vorteile gewinnt, richtet sich vor allem danach, ob den Gewerkschaften ausgleichende Gegenmaßnahmen möglich sind. Diese wiederum hängen davon ab, wieviel Zeit den Arbeitnehmerkoalitionen zu organisatorischen Vorbereitungen bleibt. Dementsprechend wird es eine Anlauf- und Gewöhnungsphase geben, in der sich die Gewerkschaften mit ihrer Verbandsorganisation in der Führung und Information ihrer Mitglieder auf die neue Kampfweise der Arbeitgeber einstellen (Gewöhnungsphase); später wird ein Stadium routinierter Reaktion (Routinephase) eintreten. Beide Entwicklungsabschnitte bieten Kampfhilfeverträgen unterschiedliche Wirkungsmöglichkeiten und könnten deshalb auch unterschiedlich starke Paritätsverschiebungen zeigen.

- Die Lage in der Gewöhnungsphase:
So würden Kampfhilfeverträge bei überraschend wirksamer Durchführung und gleichzeitiger Tarnung der Hilfsbeziehungen besonders durchschlagend wirken. Die streikende Gewerkschaft hätte es nicht nur mit dem bekämpften Arbeitgeber, sondern zugleich mit dessen verdeckt tätigen Helfern und indirekt auch mit der Produktivkraft der dort arbeitenden Belegschaften aufzunehmen. In dieser Lage kann die kämpfende Gewerkschaft die gewohnten Kräfteverhältnisse nur durch solidarisches Handeln anderer Arbeitnehmerverbände wieder herstellen. Aber auch deren Unterstützung, insbesondere durch Finanzhilfen aus Streikfonds der Dachverbände, wird auf Dauer an der ungleichen Auseinandersetzung am Konfliktherd wenig ändern, wenn die Arbeitnehmerseite nicht zu gleichgerichteten Gegenmaßnahmen findet. Als solche kommen in Betracht: Feststellung der hilfeleistenden Unternehmen, Kontaktaufnahme zu den dort betroffenen Arbeitnehmervereinigungen und das Auslösen von Solidaritätsstreiks zur Verweigerung von Streikbrecherarbeiten, die der Kampfhilfe dienen. Diese Gegenmaßnahmen kosten selbstverständlich Zeit; Zeit, die die Streikkassen mit den üblichen Streikgeldzahlungen erheblich

belastet. Während dieses Zeitraums brauchen die Unternehmensleitungen keinen Arbeitskampf zu scheuen, weil sie durch Streikhilfe gegen Arbeitskampfschäden verhältnismäßig gut abgesichert sind. In dieser Gewöhnungsphase verfügt die Arbeitnehmerseite über kein nennenswertes Abwehrpotential, mit dem sie den Tarifgegner spürbar schädigen könnte, um dadurch dessen Vorteilserwartungen durch Nachteile zu entwerten. Darum gibt es in der Anfangsphase, wenn Gewerkschaften ohne vorbereitete eigene Solidaritätsbündnisse mit Kampfhilfebeziehungen konfrontiert werden, die gebotene Abwehrparität noch nicht.

- Die Lage in der Routinephase:
Grundsätzlich anders sieht die kampftaktische Lage aus, sobald die Gewerkschaften Gegenmaßnahmen vorbereitet haben. Je nach Branche, aber besonders dort, wo Mitglieder befreundeter Arbeitnehmerverbände Einblick in Produktion und Lieferbeziehungen haben, ließe sich der Kreis möglicher Kampfhilfequellen bei koordiniertem Einsatz gewerkschaftlicher Überwachungsmöglichkeiten schnell ausfindig machen.

Sobald die Quellen der Kampfhilfe erkannt wären, müßten entsprechende vertragliche oder satzungsmäßig abgesicherte Solidaritätspflichten der betroffenen Kollegengewerkschaften eine sofortige Kampferöffnung auslösen, um Neutralität gegenüber den streitenden Parteien zu erzwingen. Auch internationale Zusammenarbeit von Gewerkschaften gegen grenzüberschreitende Kampfhilfe wäre möglich. Der internationale und der europäische Bund freier Gewerkschaften (IBFG und EBFG) befassen sich seit Jahren mit Vorbereitungen für abgestimmte Kollektivmaßnahmen gegen multinationale Unternehmen und international verflochtene Branchen [72].

---

72) Vgl. E. Piehls, Bericht über den 10. Kongreß des IBFG v. 10. - 14.6.1972 in London, GewMh 1972, 649ff (651) sowie Jung, GewMh, 1971, 752ff; Theo Rasschaert GewMh 1971, 387ff, die erfolgversprechende Ansätze zur Koordination europäischer Gewerkschaften, besonders des EBFG, beschreiben.

Demzufolge sind in der Routinephase grundsätzlich organisatorische Gegenmaßnahmen der Gewerkschaften durchführbar, die eine konternde Kampfausweitung gegenüber Kampfhilfeleistungen ermöglichen. Die Arbeitnehmerseite ist Kampfhilfeabkommen also nicht hilflos preisgegeben. Ob diese Gegenmaßnahmen wirksam genug sind, muß zunächst offen bleiben.

- Zwischenergebnis:
Im Unterschied zur unparitätisch geprägten Gewöhnungsphase würden Gegenmaßnahmen der Gewerkschaften in der Folgezeit wieder zu einem annähernden Ausgleich der Abwehrkräfte führen können. Für die Gewöhnungsphase steht das Untersuchungsergebnis also fest, für die nachfolgende Routinephase ist es offen.

Auf welches dieser Stadien kommt es hier entscheidend an?

Die extremen Anfangswirkungen der Kampfhilfe mit ihren paritätsverschiebenden Folgen sind nur vorübergehend. Sehr wahrscheinlich haben sich die Gewerkschaften seit Jahren auf solidarische Gegenmaßnahmen geeinigt, da sie längst von einigen dieser Hilfsabkommen wissen und auch seit geraumer Zeit den propagandistischen [73] und argumentativen [74] Kampf gegen diese Verträge aufgenommen haben. Deshalb ist nur eine sehr kurze Gewöhnungsphase zu erwarten. Die Gesamtbeurteilung von Kampfhilfeabkommen darf sich nicht an dieser kurzen Übergangszeit ausrichten.

Ferner spricht gegen die Berücksichtigung von Paritätsstörungen in der Gewöhnungsphase, daß bei jedem neuen Kampfmittel wegen seines Überraschungsmoments Disparität unver-

---

73) K. Hauenschild, der Vorsitzende der IG-Chemie nannte diese Abkommen als Grund für einen verschärften Verteilungskampf; vgl. Wochenmagazin 'Spiegel' Nr. 27/1971 v. 28.6.71, S. 73

74) Beispielsweise durch Säckers Aufsatz in ZHR 137, S. 455ff, dem erkennbar Materialien aus Händen der Gewerkschaften zugrundelagen (vgl. a.a.O., S. 461)

meidbar sein wird. Wollte man schon allein deshalb das neue Kampfinstrument als rechtswidrig ansehen, wäre den Sozialpartnern der Weg zu neuen, wirksameren Kampfmitteln versperrt und eine Anpassung des Arbeitskampfrechts an die sich fortlaufend verändernde Technik und Wirtschaftsstruktur unmöglich. Dadurch würde ein "numerus clausus" der überkommenen Kampfmittel festgelegt, der dem nicht kodifizierten und richterrechtlich fortgeschriebenen Arbeitskampfrecht wesensfremd wäre [75].

Für die Vereinbarkeit von Abwehrparität und vertraglicher Kampfhilfe kommt es deshalb auf die Routinephase an.

b. Paritätswidrige Wirkungen von Kampfhilfeabkommen

Praktische Erfahrungswerte über die Kampfwirkung von Streikhilfeverträgen fehlen. Doch sei hier vom Fall erfolgreicher, d.h. kampfschadensverhütender Streikhilfe ausgegangen.

Die wichtigste Folge der Streikhilfe ist die verbreiterte Kampfbeteiligung der Arbeitgeberseite. Verdeckte Kampfbeteiligung kampfverschonter Unternehmen führt zu einer zahlenmäßigen Überlegenheit insoweit, als die Streikenden es in Wahrheit mit einer erhöhten Zahl von Unternehmen und indirekt auch mit der Produktivkraft von deren weiter arbeitenden Belegschaften aufzunehmen haben. Zunächst büßt der Streik gegenüber dem bekämpften Unternehmen im wesentlichen seine existenzbedrohende Wirkung ein. Weder die Markstellung noch das Arbeitskräftepotential dieses Unternehmens werden wie sonst gefährdet.
Als Gegenmaßnahme bleibt den Arbeitnehmerverbänden nur, die helfenden Unternehmen ebenfalls in Arbeitskämpfe zu ver-

---

75) Seiter, Streikrecht, S. 140ff, 143 spricht von einer Freiheit zur Erfindung neuer Kampfmittel, die allerdings in der bestehenden Rechtsordnung - und damit auch in den arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen - ihre Grenzen finde.

wickeln, indem sie den Streik entweder vorsorglich auf die ganze Branche ausdehnen (wodurch Marktanteile und Arbeitnehmerbestand auch gesichert blieben) oder indem sie den Streik gezielt gegen die helfenden Branchenmitglieder ausweiten.

Die vorsorgliche Kampferöffnung im gesamten Tarifbezirk würde zwar Kampfhilfe von seiten des betroffenen Arbeitgeberverbandes unterbinden, ist aber wegen der erhöhten finanziellen Belastungen zur Zeit nur theoretisch. Gewerkschaften verfügen zwar heute allgemein über beträchtliche Rücklagen; sie sind jedoch nach ihrer Einnahmen-Ausgaben-Politik nur auf kurzfristige Flächenstreiks oder längere Schwerpunktstreiks eingerichtet. Eine Gewerkschaft, die Mitgliederbeiträge von etwa 1 - 2 % des Nettoeinkommens erhält, ist jährlich kaum in der Lage, der Gesamtzahl ihrer Mitglieder länger als 5 - 6 Tage Streikunterstützung von 2/3 des Bruttoeinkommen zu zahlen [76]. Zwar ließen sich diese Zahlenwerte durch Beitragserhöhungen und verringerte Streikunterstützung verbessern - stärkere Solidaritätsopfer als bei den bisher üblichen Schwerpunktsstreiks blieben jedoch unausweichlich, wenn immer der gesamte Bezirksverband kämpfen müßte. Die Gewerkschaften könnten nicht länger die Rolle tarifpolitischer "Risikoversicherungen" spielen, die bei geringer "Versicherungsprämie" bisher beträchtlich Lohnzuwachs sicherten. Sehr wahrscheinlich würden unter diesen hohen finanziellen Kampfopfern ihre Mitgliederzahlen, ihre Öffentlichkeitsarbeit und damit auch ihr politisches Gewicht schwinden. Kampfhilfe zwingt die Arbeitnehmerseite zu höheren Solidaritätsopfern. Dadurch läßt sie aber deren Chance zu schlagkräftiger Gegenkoalition unberührt. Folg-

---

76) Genauere Untersuchungen fehlen hierfür und dürften wohl auch kaum verallgemeinerungsfähig sein. Instruktiv ist jedoch die Zahlenübersicht bei Kittner GewMh 1973, 96: Eine Streikwoche in NRW kostet die IG-Metall 90 Mio. DM. Das sind ca. 19 % der Mitgliederbeiträge eines Jahres oder ca. 91 % des gesamten Einnahmen-Ausgaben-Überschusses eines Jahres (Zahlen für 1971)

lich könnten die Arbeitnehmervereinigungen die erforderliche Verteidigungsparität grundsätzlich auch bei vorbeugender Streikausweitung in ihrem gesamten Bezirk sicherstellen.

Dann aber, wenn die Kampfhilfebeziehungen weit über die Grenzen von Tarifbezirken hinausreichen, müßte eine vorsorglich erweiterte Kampferöffnung von den nicht betroffenen Kollegenverbänden der Nachbarbezirke erfolgen. Eine solche Hilfe wäre aber nur bei außergewöhnlicher Solidaritätsbereitschaft der Nachbarverbände möglich, die sich auf Einzelfälle mit besonderer Signalwirkung beschränken wird. Im Normalfall bliebe als Gegenmittel nur die gezielt konternde Streikausweitung, d.h. die weniger aufwendige punktuelle Kampfausweitung auf helfende Unternehmen, um deren Leistungen abzuschneiden und ihre Neutralität zu erzwingen. Diese Kampfausweitung in die Nachbarbezirke wäre im Unterschied zum vorbeugenden Kampf in allen Unternehmen zulässig. Da diese Kampfausweitung sich auf die helfenden Unternehmen beschränken würde, handelt es sich nicht um Sympathiestreiks [77], deren rechtliche Beurteilung problematisch sein könnte [78], sondern um zulässige Neutralitätserzwingungskämpfe [79]. Bevor die Gewerkschaften zu diesen gezielten Gegenmaßnahmen ansetzen können, sind sie jedoch gezwungen, die helfenden Unternehmen ausfindig zu machen. Ob sie dies in den ersten Streiktagen schaffen, muß sich zeigen. Unter rechtlichen Gesichtspunkten erscheinen ihre Erfolgsaussichten jedoch zweifelhaft.

---

77) Unter Sympathiestreik wird hier in Anlehnung an Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8, A, II 1b ein Kampf gegen einen fremden Arbeitgeber verstanden, den der eigene bestreikte Arbeitgeber beeinflussen soll.

78) Die h.M. hält Sympathiekämpfe für zulässig; vgl. Hueck/Nipperdey, Lb II/2, 7. Aufl., § 49 II 2 S. 1009; Nikisch, ArbR, 2. Aufl., Bd II, S. 130; Löwisch RdA 1962, 314ff. Doch widersprechen Sympathiestreiks den Regeln der Sozialadäquanz bzw. dem neueren Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; ebenso Brox/Rüthers, a.a.O. (FN 77). Die Rspr. beurteilte Sympathiestreiks bisher als zulässig, vgl. BAG DB 1964, 625

79) So terminologisch nach Brox/Rüthers a.a.O. (FN 77) unter 1, c sowie BAG DB 1964, 625f (die Entschdg bezog sich auf einen Neutralitätserzwingungskampf)

Kampfhilfeverbindungen, die über Tarifbezirksgrenzen hinausreichen, erschweren Gegenmaßnahmen besonders, denn ihnen kann die Arbeitnehmerseite nur bei Solidarität der Kollegenverbände entgegentreten. Gerade deshalb wird die Arbeitgeberseite ein Kampfhilfenetz aufzubauen versuchen, das über den einzelnen Tarifbezirk hinausreicht. Gezielte Gegenmaßnahmen der Gewerkschaften werden dabei durch zwei taktische Nachteile erschwert

- durch den Zeitverlust, der mit jeder defensiven Reaktion verbunden ist,
- durch die Schwierigkeit, geheimgehaltene Kampfhilfebeziehungen der bestreikten Unternehmen ausfindig zu machen.

Paritätswidrig sind diese Nachteile der Arbeitnehmerseite dagegen nur, wenn sie auch ihrer I n t e n s i t ä t nach die Abwehrparität der Sozialpartner stören.

Am geringsten wiegt dabei das time-lag gewerkschaftlicher Gegenreaktion. Es läßt sich durch sorgfältige Vorbereitung verringern und verliert zudem dadurch an Bedeutung, daß auch die Unternehmensleitungen Zeit benötigen, um die Kampfhilfe organisatorisch und technisch anlaufen zu lassen.

Erheblicher scheint dagegen zu sein, daß die Unternehmen ihre Solidaritätsbeziehungen wie jede andere Lieferverbindung geheimhalten dürfen, während die Gewerkschaften nur durch spionage-ähnliche Ermittlungen oder über Nachforschungen ihrer Mitglieder herausfinden können, mit welchen Gegnern (Kampfhelfern) sie es zu tun haben. Die Gewerkschaften wären darauf angewiesen, die Liefer- und Absatzverbindungen der kampfhilfebeteiligten Unternehmen herauszufinden. Dazu müßten sie leitende Angestellte - eventuell durch materiellen Anreiz (!) - oder ihre Gewerkschaftsmitglieder in den Expeditions- und Verwaltungsabteilungen der Unternehmen unter Hinweis auf deren "Solidaritätspflicht" um genauere Informationen angehen. Diese Informationen dürften ihnen Arbeitnehmer des betroffenen Unternehmens nicht verschaffen.

Sie verstießen damit gegen ihre Verschwiegenheitspflicht. Von dieser Verschwiegenheitspflicht wird nach zutreffender h.M. nicht nur der strafrechtlich sanktionierte Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfaßt (§ 17 UWG), sondern darüber hinaus, im Rahmen der arbeitsvertraglichen Treuepflicht, auch die Geheimhaltung von Kundenlisten und Bezugsquellen sowie Arbeitslisten und Mustern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Informationen nach dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Arbeitgebers in schutzwürdigem Interesse der Betriebszwecke geheimzuhalten sind [80]. Bislang ist weder in der Judikatur noch im Schrifttum diskutiert worden, ob diese Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber der Gewerkschaft des betroffenen Arbeitnehmers gilt. Nur, daß sie jedenfalls auch Mitteilungen erfaßt, die unter das öffentliche Informationsinteresse fallen, ist bereits entschieden worden [81] und soweit ersichtlich nicht auf Widerspruch gestoßen. Allerdings wurde der Arbeitnehmer in der diesbezüglichen Entscheidung anstelle des Auswegs, betriebliche Mißstände öffentlich anzuprangern, auf die Zusammenarbeit mit Gewerkschaften verwiesen. Dem ist zu entnehmen, daß er die schützenswerten Informationen den Gewerkschaften mitteilen sollte, also eine Geheimhaltungspflicht nicht gegenüber der Arbeitnehmerkoalition besteht. Diese Feststellung des Urteils läßt sich jedoch nicht verallgemeinern, ganz abgesehen davon, daß sie nicht zu den tragenden Gründen gehörte. Bestünde die Verschwiegenheitspflicht nicht grundsätzlich auch gegenüber den Gewerkschaften, wären diese ungehindert,

1. unter dem Vorwand, Überraschungsschlägen der Arbeitgeberseite vorzubeugen, ein umfassendes Informationssystem über alle vertraulich behandelten Wirtschaftsdaten aufzubauen und für sich zu nutzen (eventuell sogar für gewerkschaftseigene Unternehmen!) und
2. diese Informationen nach Bedarf an Presse und Behörden

---

80) Ganz h.M.: Hueck/Nipperdey, Lb Bd I, 7. Aufl. S. 244f; Nikisch, Lb Bd I, 3. Aufl., S. 454; Staudinger § 611 BGB Rdz 163

81) LAG Düsseldorf DB 1953, 24

weiterzugeben, um bestimmte Unternehmen gezielt unter Druck zu setzen, deren Planung bekanntzumachen und sie dadurch im Wettbewerb zu benachteiligen (denn eine Geheimhaltungspflicht von Gewerkschaften gibt es nicht).

Ein solches umfassendes Aufklärungs- und Informationssystem ließe sich auch nicht mit der wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Betätigungsgarantie der Gewerkschaften nach Art. 9 Abs. 1 GG rechtfertigen. Für diesen Aufgabenbereich der Gewerkschaften genügt ihre öffentliche Einflußnahme auf Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere deren öffentliche Diskussion in den Massenmedien und die Beteiligungsbefugnis zur Durchsetzung individueller und kollektiver Arbeitnehmerrechte im Einzelfall (z.B. bei Verstößen gegen Arbeitszeitordnung, Maschinenschutzgesetz, Betriebsverfassungsgrundsätze nach dem BetrVerfG usw.). Informationen über Geschäftsverbindungen eines Unternehmens, für die schließlich das Management die alleinige Verantwortung trägt, benötigen die Gewerkschaften hingegen für ihre Betreuungsarbeit nicht.

Obwohl die Verschwiegenheitspflicht wirtschaftspolitisch betrachtet vor allem in der Wettbewerbsposition des Arbeitgebers begründet ist [82], muß sie auch für kampftaktisch relevante Informationen, wie solche über Kampfhilfebeziehungen, gelten. Denn auch Kampfhilfeverbindungen können für die Wettbewerbsfähigkeit entscheidend sein. Wie eingangs dieser Untersuchung ausgeführt [83], werden Unternehmen durch Kampfhilfe gegenüber ihren Konkurrenten abgesichert, so daß sie sich auf Tarifkonflikte einlassen können. Solange ein Unternehmen mögliche Kampfhilfeverbindungen der Konkurrenz nicht übersieht, wird es einen Arbeitskampf niemals provozieren, um auf diese Weise un-

---

82) Dies ergibt sich aus der Sanktion des § 17 UWG sowie aus dem Zusammenhang von Verschwiegenheitspflicht und Wettbewerbsverbot. Dazu Staudinger § 611 BGB, Rdz 164

83) S.o. S. 15ff

liebsame Konkurrenten mit besserer Auftragslage durch die härteren Streikschäden "abzuhängen".
Der notwendige Zusammenhang von Geheimhaltungsinteresse und Wettbewerbsfähigkeit ist also auch für Informationen über Kampfhilfeverbindungen gegeben.

Aus diesen Gründen wäre der einzelne Arbeitnehmer keinesfalls befugt, einer - oder als Mitglied: seiner - Gewerkschaft Geschäftsbeziehungen zu enthüllen [84]. Nur eine zusätzliche Indemnitätsklausel im nachfolgenden Tarifvertrag könnte die Arbeitnehmer schützen. Diese Schutzklausel müßte jedoch mangels geeigneter Abgrenzungskriterien alle "Verratshandlungen" des Arbeitnehmers erfassen, würde also dem Geheimnisverrat Tor und Tür öffnen und wäre deshalb für die Arbeitgeber unzumutbar. Die Gewerkschaften müßten somit Vertragsbruch ihrer Mitglieder ausnutzen und anregen! Darin liegt kein arbeitskampfrechtlich zumutbarer Weg zu Gegenmaßnahmen. Wollen die Gewerkschaften aber auf ungesetzliche Praktiken verzichten, verlieren sie das wirksamste Mittel zum Aufspüren von Streikhilfequellen, nämlich die Einschaltung der Arbeitnehmer [85]. Dann würde der Zeitvorsprung der Arbeitgeber jedoch erheblich ansteigen. Die überlegene Kampfbeteiligung der Arbeitgeber würde fortdauern. Streikschäden auf Unternehmerseite wären demgegenüber stark abgeschwächt. Damit steht auch für die Intensität der Kampfhilfeleistungen fest, daß sie durchaus Konfrontationslagen herbeiführen können, in denen Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer weitgehend wirkungslos sind und eine ernstzunehmende Abwehrdrohung von seiten der Arbeitnehmer nicht mehr eintritt.

---

84) Jedenfalls wohl dann nicht, wenn der Arbeitgeber sein Geheimhaltungsinteresse zu erkennen gegeben hat; vgl. Nikisch, LB Bd I, S. 454; Hueck/Nipperdey, Bd I, S. 244f

85) Daß die Gewerkschaften im Ergebnis darauf nicht verzichten könnten, ist selbstverständlich. Ihre Benachteiligung ist darum mehr theoretisch. Doch ist Parität im Schutze der Rechtsordnung zu fordern. Ausgleichsmittel, die einen Sozialpartner von einem Rechtsbruch abhängig machen, bieten kein rechtlich akzeptables Gegenmittel.

c. Ergebnis:

Somit verletzen Kampfhilfevereinbarungen, besonders wenn sie weit über das bestreikte Gebiet hinausreichen, die dringend gebotene Abwehrparität der Tarifpartner.

2. Paritätsprinzip und Kampfhilfe nach dem herrschenden Paritätsverständnis

Die Vereinbarkeit der Kampfhilfeabkommen mit dem Paritätsgrundsatz richtet sich entsprechend der h.M. danach [86], ob die Arbeitgeber durch Kampfhilfe einen (abstrakten) nicht nur situationsbedingten Machtzuwachs erzielen und ob sich dadurch das Kräfteverhältnis der Tarifvertragsparteien gegenüber der bisherigen Lage verändert.

Wie gezeigt, bietet vertragliche Kampfhilfe den Arbeitgebern taktische Vorteile durch verdeckte, einseitige Kampfausweitung sowie durch deren rechtlich zulässige Geheimhaltung. Eine Gegenreaktion der Arbeitnehmerseite durch konternde Streikausweitung wird dadurch immer behindert und zumindest bei kürzeren Arbeitskämpfen nahezu aussichtslos. Wenn man außerdem davon ausgeht, daß zur Zeit zwischen den Sozialpartnern ein umfassendes Kräftegleichgewicht besteht [87], folgt daraus, daß Kampfhilfeabkommen gegen die vom herrschenden Paritätsverständnis geforderte Kräftegleichheit [86] verstoßen. Mag man hingegen eine solche Gleichgewichtsprämisse nicht stellen, so ist entscheidend, nach welcher Seite das Kräfteverhältnis der Sozialpartner übergewichtig ist [88]. Bei einer Überlegenheit der Gewerkschaften könnten Kampfhilfemaßnahmen der Arbeitgeber nur begrüßenswert sein und umgekehrt. Der BMWi hat dementsprechend Kampfhilfevereinbarungen als Ausgleich gegenüber gemeinschaftlichen

---

86) Vgl. etwa Seiter, Streikrecht, S. 159ff m.w.N.

87) Davon gehen beispielsweise Rüthers JurAn 1970, 109ff (als vorläufige Arbeitshypothese); Hueck/Nipperdey, Lb Bd II/2, 7. Aufl., S. 928 und Säcker ZHR Bd 137, S. 477 a.E. aus.

88) Ausführlich Zöllner, Aussperrung, S. 38ff

Streikkassen der Gewerkschaftsverbände und ihren finanziellen Solidaritätsverpflichtungen gem. § 10 der Streikrichtlinien [89] des DGB angesehen [90]. Umgekehrt scheinen einige Autoren trotz der erheblichen Macht der Gewerkschaften immer noch von einer allgemeinen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite auszugehen [91], angesichts deren jede noch so geringe Stärkung der Arbeitgeber die Gewerkschaften unerträglich belasten würde.

Die h.M. aber, die hier zugrundegelegt werden soll, setzt ebenso wie die Rechtsprechung ein ausgeglichenes Kräfteverhältnis der Sozialpartner als gegeben voraus [60] [87].

Dementsprechend lassen sich Streikhilfeabkommen mit ihren kampftaktischen Vorteilen für die Arbeitgeberseite nicht als notwendiger Ausgleich für irgendeine angebliche Überlegenheit der Gewerkschaften hinstellen. Vielmehr führen diese Kampfvorteile der Arbeitgeberseite nach dem herrschenden Paritätsverständnis zu einer kampfrechtswidrigen Überlegenheit.

- Zusammenfassung:
Sowohl nach dem hier zugrundegelegten Paritätsverständnis, als auch nach der h.M. wären Kampfhilfeabkommen aufgrund der verdeckten Möglichkeiten zu einer Kampfausweitung paritätswidrig und darum arbeitskampfrechtlich unzulässig.

---

89) Dazu s.o. S. 9 FN 8

90) Schreiben des BMWi v. 1. Juni 1971 an den Vorsitzenden der IG Chemie Karl Hauenschild (cit. Säcker ZHR Bd 137, S. 461)

91) Kittner GewMh 1973, 91ff (95, 99 a.E., 101); Däubler JuS 1972, 624ff (646)

60) Ebenso Rüthers JurAn 1970, 110/11

C: Anpassung der Streikhilfeabkommen an das Paritätsprinzip

Die Wirksamkeit von Streikhilfeverträgen wird durch Geheimhaltung erhöht. Ihre durchschlagende Wirkung ließe sich also verringern, wenn die Hilfsbeziehungen bekanntgegeben würden. Zu denken wäre an eine Meldepflicht für Streikhilfeabkommen, etwa durch Offenlegung beim BMWi. Damit wäre ihnen der zur Zeit wichtigste Vorteil, der des geheimen Ausweitungsvorsprunges, genommen, und die Streikhilfeverträge wären mit dem Paritätsgrundsatz vereinbar.

Auch nach der Offenlegung könnten die Arbeitgeber die Gewerkschaften durch Streikhilfe zu breit angelegten Kampfmaßnahmen zwingen. Schwerpunktkämpfe ließen sich also verhindern. Gleiches ist bislang nur durch kampfausweitende Aussperrung möglich. Angemeldete Kampfhilfeabkommen gewönnen also dann an Bedeutung, wenn der Gesetzgeber dem jahrelangen Drängen der Gewerkschaften nachgäbe, das Aussperrungsrecht zu beschränken oder zu verbieten. Dann bliebe die vertragliche Kampfhilfe das einzige Mittel, um zu verhindern, daß die Gewerkschaften das Kampfgebiet einseitig bestimmen können.

Eine Offenlegung der Kampfhilfebeziehungen wird das timelag gewerkschaftlicher Gegenreaktion soweit verringern, daß die Abwehrparität der Sozialpartner wiederhergestellt ist. Hingegen wäre die abstrakt materielle Parität i.S. der h.M. damit noch nicht sichergestellt, denn sie erfordert ein gleichwertiges Gegenmittel der Arbeitnehmerseite. In der gegenseitigen finanziellen Unterstützung der Gewerkschaften liegt dieser Ausgleich nicht. Solidaritätsfonds gibt es auf beiden Seiten. Kampfhilfeleistungen erfordern nach dem herrschenden Paritätsverständnis ein anderes, bisher nicht vorhandenes Gegenmittel.

II. Kampfhilfeverträge und kollektivarbeitsrechtliches Übermaßverbot

A: Der Ansatzpunkt für die Subsumtion

1. Allgemeines

Wie ausgeführt [1], verändert Kampfhilfe das Ausmaß tarifpolitischer Auseinandersetzungen grundlegend. Dies zeigt sich bei oder kurz nach der Kampferöffnung darin, daß die Arbeitgeberseite nicht nur das Potential der unmittelbar vom Kampf betroffenen Unternehmen aufbietet, sondern gleichzeitig die Unterstützungsmacht der nichtkämpfenden Streikhilfepartner - wenn auch möglichst getarnt - einsetzt.

Auf diese Kampferöffnung "mit erweitertem Potential" folgt ein zweiter Ausweitungsschritt: Die Arbeitnehmerseite bemüht sich um gleiche Durchsetzungschancen und dehnt den Konflikt auf jene bisher verschonten Unternehmen aus, die Kampfhilfe leisten.
Soweit diese Unternehmen ihrerseits wiederum Kampfhilfe erhalten, könnte sich theoretisch aus diesem ständigen Zyklus von Kampfhilfeaktion und -reaktion der Konflikt auf das gesamte Bundesgebiet ausweiten. Bestandteile dieser Entwicklung sind - ganz gleich, wie oft sich der Eskalationszyklus im Einzelfall wiederholt - die stets gleichbleibenden beiden Eskalationsschritte:

a. Die Kampfaufnahme der Arbeitgeberseite mit erweitertem Hilfspotential für jede neue Kampfphase
b. die eskalierende Reaktion der Arbeitnehmerseite durch Kampfausdehnung auf helfende Betriebe und Unternehmen.

Wegen dieser Eskalationstendenz sind Kampfhilfeverträge daraufhin zu überprüfen, ob sie sich mit den kollektivarbeitsrechtlichen Normen vereinbaren lassen, die etwas über den zulässigen Kampfaufwand aussagen.

---

1) S.o. S. 19f

Die Suche nach derartigen Rechtssätzen führt in noch ungefestigte Bereiche des Richterrechts. Die bisherige Kodifikation kollektiven Arbeitsrechts (TVG) wie auch die meisten richterlichen Entscheidungen befassen sich mit den Grundsätzen, die die Tarifpartner im Verhältnis zueinander einhalten müssen, nicht aber mit den Grenzen ihres gemeinsamen Freiraumes im Arbeitskampf. Kampfmaßnahmen im Tarifkonflikt beruhen auf der Tarifautonomie. Deshalb müssen sich Regeln, die Kampfmaßnahmen und Tarifautonomie einschränken oder zumindest auf bestimmte Grenzen festlegen, immer an der Grundrechtsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG messen lassen.

2. Die Lehre von der Sozialadäquanz

- Der Begriff der Sozialadäquanz

Die ersten Ansätze zu einer umfassenden Begrenzung von Tarifkämpfen gingen im deutschen Arbeitsrecht von der Beobachtung aus, daß Arbeitskämpfe nicht nur die ungestörte Abwicklung der individuellen Arbeitsverträge behinderten, sondern darüber hinaus Wert und wirtschaftlichen Erfolg der betroffenen Unternehmen beeinträchtigten [2]. Deshalb erschien es rechtspolitisch notwendig, Arbeitskämpfe auf ein wirtschaftlich vertretbares Maß zu beschränken. Auf diesem Ansatz beruht die insoweit richtungsweisende Lehre Nipperdeys von der Sozialadäquanz [3].

Ihr Ausgangspunkt ist auch unter Berücksichtigung des Grundgesetzes noch berechtigt. Zwar können sich die Sozialpartner bei ihren wirtschaftsschädigenden Tarifkämpfen auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, müssen sich aber gleichzeitig entgegenhalten lassen, daß sie keinesfalls durch

---

2) Dieser Grundgedanke ist unverändert geblieben; ausführlich Seiter, Streikrecht, S. 443ff, 446, 448

3) Nipperdey, Gutachten zum Zeitungsstreik 1952, Köln 1953, S. 31ff

exzessiven Gebrauch der Tarifautonomie den Niedergang ganzer Wirtschaftszweige auslösen und dadurch andere Grundrechte verletzen dürfen. Allerdings haben sich Arbeitskämpfe in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht katastrophal ausgewirkt. Gleichgültig ob dies auf stillschweigender Übereinkunft der Beteiligten oder auf korrigierendem Eingriff der Rechtsprechung beruht, unbestritten dürfte sein, daß ungezügelte Arbeitskämpfe zu erheblichen Schäden führen k ö n n e n und ihre Begrenzung deshalb wünschenswert, ja sogar verfassungsrechtlich geboten ist. Dieses rechtspolitische Bedürfnis entspricht verfassungsrechtlich geschützten Gegenpositionen. Arbeitskämpfe schädigen die Gewerbebetriebe und verletzen darum in extremen Fällen den Garantiebereich der Art. 12, 14 GG, die insoweit als grundrechtliche Schranke der Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG wirken. Auch Art. 9 Abs. 3 GG steht unter dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG [4], demzufolge ein Freiheitsrecht dort endet, wo es andere Freiheitsrechte in ihrem Wesensgehalt beeinträchtigt.

Da der Arbeitskampf wie ein - kollektiver - Rechts- und Vertragsbruch wirkt, lag es nahe, ihn ähnlich den Deliktstatbeständen von vornherein als rechtswidrig einzustufen und dann nach Rechtfertigungsgründen zu suchen, die den verursachten Schaden aufwogen. Nach dieser ursprünglich vorherrschenden Betrachtungsweise galt der Arbeitskampf - insbesondere der Streik - als grundsätzlich verbotener Unrechtstatbestand. Hiervon ausgehend entwickelte Nipperdey ähnlich der strafrechtlichen Lehre Welzels für Fälle der unrechtsausschließenden Sozialadäquanz [5] einen

---

4) Dessen Geltung für Art. 9 III GG allgemein bejaht wird; vgl. etwa v. Mangoldt/Klein a.a.O., Art. 9, Anm. VI, 1 m.w.N. sowie ausführlich zur Schrankenproblematik Seiter, Streikrecht, S. 114ff, 117

5) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd 58 (1939), S. 491ff, 516f, 557ff und zwar damals noch als Ausschluß der Rechtswidrigkeit, nicht der Tatbestandsmäßigkeit

Begriff arbeitskampfrechtlicher Sozialadäquanz [6], den er in einem Spielregelkatalog beschrieb [7].

Einige Regeln dieses Katalogs sollten sozialschädliche Arbeitskämpfe verhindern. So forderte Nipperdey die Einhaltung eines "ultima ratio"-Prinzips, verlangte Fairness bei der Wahl der Kampfmittel - insbesondere Verzicht auf Gewaltanwendung - sowie eine grundsätzliche Vereinbarkeit jedes Arbeitskampfes mit der kollektiven Rechtsordnung.

- Die Verwendbarkeit der Sozialadäquanz im heutigen Arbeitskampfrecht

Für die Arbeitskampfhilfe wären die Merkmale der Sozialadäquanz zumindest in zwei Punkten einschlägig: Kampfhilfe könnte wegen ihrer Eskalationswirkung, die sie ohne Verteidigungsbedürfnis auslöst, gegen das ultima ratio-Prinzip verstoßen. Außerdem müßte sie wegen Unvereinbarkeit mit dem Paritätsgrundsatz [8] als kollektivarbeitsrechtlich unzulässig und darum als nicht sozialadäquat gelten.

Doch lassen sich Kampfhilfeverträge heute nicht mehr nach dieser Lehre von der Sozialadäquanz beurteilen. Sie ist nach ganz h.M. nicht mehr verwendbar und nach anfänglicher Zustimmung [9] in Rechtsprechung und Literatur aufgegeben

---

6) Vgl. FN 3 sowie Forsthoff und Hueck in "Zwei Rechtsgutachten: Die politischen Streikaktionen des DGB anläßlich der parlamentarischen Beratung des BetrVerfG in ihrer verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Bedeutung", Köln 1952 (Schriften-Reihe des BDA Nr. 6), S. 33, 36f, die das Rechtfertigungserfordernis aus entsprechender Anwendung der §§ 823 I, 826 BGB herleiten

7) Ausführlich in Hueck/Nipperdey, Lb Bd II, 6. Aufl., S. 641ff

8) S.o. S. 152, 158, 160

9) BAG AP Nr. 1 u. 3 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf, Brox in Nipperdey-FS 1965 Bd II, S. 55 (57f); Monjau DRiZ 1959, 205 (206); Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 193, II, 8; Söllner, Arbeitsrecht § 12, II, 5

worden [10]. Im Ergebnis stimmt dies mit der inzwischen wohl in allen westlichen Industriestaaten verbreiteten Rechtsauffassung überein, daß Arbeitskämpfe grundsätzlich zulässig sind und steht in wünschenswertem Einklang mit der Europäischen Sozialcharta (ESC). In Art. 6 Nr. 4 fordert die ESC nämlich kollektive Maßnahmen einschließlich des Streiks als rechtmäßige Handlungen anzuerkennen [11].

Heute hat der Begriff kollektivarbeitsrechtlicher Sozialadäquanz allenfalls noch die Bedeutung einer Breviloquenz [12] für das Subsumtionsergebnis verschiedener arbeitskampfrechtlicher Grundsätze. Die Lehre der Sozialadäquanz selbst ist nicht mehr für die Subsumtion brauchbar [13]. Sie zeigt jedoch, daß Arbeitskämpfe, auch unter den Grundrechtsgarantien der geltenden Verfassung, als verschiedentlich einschränkungsbedürftige, wirtschaftsschädigende Erscheinungen bewertet wurden.

---

10) BAGE 15, 174 (195); 23, 292f; 484ff (502); Kaiser, Parität S. 48f; Seiter, Streikrecht, S. 455ff, 463; Weitnauer DB 1970, 1687 (1688f)

11) Teil II Art. 6 der Europäischen Sozialcharta v. 18.10.1961 (BGBl 1964 II S. 1261) lautet: "Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivhandlungen zu gewährleisten verpflichten sich die Vertragsparteien ... und anerkennen 4. das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts ..."

12) So verkürzend Ziemer, Arbeitskampf, Diss., S. 75ff, im Anschluß an Nipperdey NJW 67, 1992

13) Ohne eigenständige Bedeutung erscheint insofern auch die modifizierte Lehre Nipperdeys von der Sozialadäquanz, die im wesentlichen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des BAG entspricht. In Hueck/Nipperdey, Lb Bd II/2, 7. Aufl., S. 999 werden Arbeitskämpfe als von vornherein sozialadäquant bezeichnet. Die Verletzung des Rechts am Unternehmen (§ 823 I BGB) durch Streik soll nur noch als Auffangtatbestand dienen. Unklar bleibt, welche Bedeutung dann noch der Regelkatalog für Sozialadäquanz besitzt.

B: Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht

1. Das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip) des Bundesarbeitsgerichts

Daß Arbeitskampfmaßnahmen grundsätzlich als rechtmäßige Kollektivakte anzusehen sind, entspricht nunmehr einhelliger Meinung [14]. Damit ist eine in der Tendenz restriktive Beurteilung von Arbeitskämpfen ausgeschlossen. Trotzdem sind auch heute Tarifkonflikte denkbar, die wie Streikhilfeabkommen zu unbegrenzt eskalierenden Wirtschaftsschäden führen können und die deshalb in rechtsstaatlich vertretbarer Weise beschränkt werden müssen. Hierfür sind verwendbare Kriterien zu erarbeiten.

Grundsätzlich verursachen alle Tarifkonflikte mehr oder weniger starke wirtschaftliche Schäden. Dennoch sind Arbeitskämpfe nicht insgesamt gemeinwohlschädlich. In einer tarifautonom organisierten Sozialordnung bilden Arbeitskämpfe ein unverzichtbares Mittel für den Interessenausgleich und können sogar sozialpolitisch befriedend wirken [15]. Deshalb dürfen sie nur in besonders krassen Fällen beschränkt werden, in denen das wirtschaftliche Gemeinwohl gefährdet ist.

- Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im "Spielbankbeschluß" des BAG

Im "Spielbankbeschluß" vom 21. April 1971 [16] hat das BAG einen "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz" angewandt. Wörtlich heißt es dazu [17]:

> "Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer

---

14) Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 2, A, IV, S. 42 m.w.N.

15) Söllner, Arbeitsrecht, S. 269

16) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

17) Ebenda, Bl. 6R

verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden."

Aus diesen Überlegungen leitet das BAG für Arbeitskämpfe folgende Rechtmäßigkeitsmerkmale her [16]:

a. Sie müssen zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sein.
b. Sie müssen nach Scheitern aller Verständigungsmöglichkeiten das letzte mögliche Mittel sein (ultima ratio).
c. Sie dürfen nach Art und Intensität nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist.
d. Der Arbeitsfriede muß sobald wie möglich in größtmöglichem Umfang wieder hergestellt werden.

Die vorstehenden Merkmale ähneln stark denen des öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit seinen Komponenten Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne [18]. Im Dienste terminologischer Klarheit empfiehlt es sich deshalb, ebenso wie im öffentlichen Recht von einem Übermaßverbot zu sprechen [19].

---

18) v. Krauss, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 14ff; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961, S. 19ff (21)

19) Für das öffentliche Recht etwa Lerche, a.a.O., S. 21; für das kollektive Arbeitsrecht Seiter, Streikrecht, S. 146

- Konkretisierungsprobleme des arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes

Die obigen Ausführungen des BAG lassen nicht erkennen, welche Tatbestandsmerkmale das kollektivarbeitsrechtliche Übermaßverbot voraussetzt. Deshalb ist eine weitere Präzisierung dieses Grundsatzes erforderlich. Dabei sind drei Problemschwerpunkte zu berücksichtigen.

Erstens fragt sich, in welchem Bezugsverhältnis das arbeitsrechtliche Übermaßverbot gelten soll. Einige Autoren [20] haben das Übermaßverbot als Kontrollinstrument des Staates gegenüber der Tarifautonomie der Verbände verstanden; sie haben also ein quasi-öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen dem Staat einerseits und den Grundrechtsträgern (Koalitionen) andererseits als Bezugsebene angesehen. Im völligen Gegensatz hierzu wird auch vertreten, das Übermaßverbot enthalte eine Kollisionsregelung für das Verhältnis der Tarifpartner untereinander [21]. Präzise gehe es um die Frage "... wann die kollektivrechtlichen Zwecken dienende Kollektivaktion in die Individualrechtskreise der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten und der nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter eindringen ..." dürfe [22].
Die Frage nach der Bezugsebene des Übermaßverbotes ist deshalb so entscheidend, weil erst nach ihrer Beantwortung feststeht, in welcher Rechtsbeziehung Schaden und Nutzen zueinander verhältnismäßig sein müssen. Das BAG hat dies bislang völlig offengelassen. Der Hinweis des Gerichts auf die weitreichenden Störungsfolgen von Tarifkonfliken enthält insofern nur eine allgemeine Wertung, verschweigt aber, warum überhaupt eine Beschränkung der Kampffreiheit legitim sein soll [23].

---

20) Diese Schwäche heben besonders hervor: A.E. Meyer ZRP 1974, 253ff (254), Däubler JuS 1972, 642

21) Löwisch ZFA 1971, 321

22) Löwisch ZFA 1971, 323

23) Säcker GewMh 1972, 287 (295)

Zweitens nötigt die terminologische Unschärfe des Spielbankbeschlusses [24] zu genauerer Untersuchung, was unter "sachlicher Erforderlichkeit und Geeignetheit" einer Arbeitskampfmaßnahme zu verstehen ist, insbesondere, ob insofern eine Anlehnung an die Begriffe des öffentlich-rechtlichen Übermaßverbotes zulässig ist.

In diesem Zusammenhang wäre drittens zu klären, welche Zwischenschritte das ultima ratio-Prinzip von den Tarifpartnern verlangt, denn gerade daraus könnte sich ein geeignetes Eskalationsverbot für Arbeitskämpfe ergeben.

Wegen der genannten Unklarheiten läßt sich die Spielbankentscheidung des BAG nur als erster konkretisierungsbedürftiger Ansatz werten, einen neuen Rechtssatz in das kollektive Arbeitsrecht einzuführen. Es ist zulässig, daß dieser Schritt in unserem nichtkodifizierten Arbeitskampfrecht anstatt vom Gesetzgeber zunächst von der Judikatur vollzogen wird [25]. Dieses Übermaßverbot entspricht rechtspolitischen Bedürfnissen. Auch heute noch liegt ein gleichbleibendes Ziel der Rechtsprechung darin, arbeitskampfbedingte Wirtschaftsschäden rechtsstaatlich zu begrenzen [26].

---

24) Löwisch, a.a.O., FN 21: terminologische Unschärfe; A.E. Meyer, a.a.O.,(FN 20): Leerformel; Däubler, a.a.O., FN 20: Mangel an Rechtssicherheit, Generalklauselcharakter

25) Zustimmend: H.W. Kruse, Das Richterrecht als Quelle innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971, S. 6f, 10, 12f, 20; Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969, S. 37ff; Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, S. 91ff; einschränkend, Schneider, Hans Peter; Richterrecht, Gesetzesrecht, Verfassungsrecht, Frankfurt 1969, S. 38, der eine Rechtsfortbildung, die aus rechtspolitischen Gründen eingeleitet wird, ablehnt.

26) Vgl. die unveränderten Zusammenfassungen von Gerhard Müller DB 1964, 771ff (773 a.E.), GewMh 1972, 273ff (277)

2. Konkretisierung [27] eines Übermaßverbotes für das Arbeitskampfrecht

Mehrere Arbeiten aus neuerer Zeit haben sich bemüht, das arbeitsrechtliche Übermaßverbot des BAG zu präzisieren und weiterzuentwickeln [28]. Übereinstimmung besteht - wenn auch oft nur stillschweigend - darin, daß das Übermaßverbot als Kollisionsregelung verstanden wird. Streit besteht aber schon darüber, welche Rechte miteinander kollidieren.

a. Das Bezugsverhältnis des arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes

- "öffentlichrechtliches" und "privatrechtliches" Übermaßverbot

Seiter [29] unterscheidet nach dem möglichen Adressaten ein öffentlichrechtliches Übermaßverbot gegenüber Legislative und Jurisdiktive und ein privatrechtliches, das zwischen den Koalitionen gelten soll. Das öffentlichrechtliche Übermaßverbot soll analog dem gleichnamigen Grundsatz des Verwaltungsrechts die Rechtsprechung und den Gesetzgeber bei der Gestaltung von Kampfmitteln und Kampfregeln gegenüber den Koalitionen festlegen; es wahrt also die Freiheitsrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG. Daneben soll ein "privatrechtliches" Übermaßverbot möglich sein, das die Kampfbefugnisse und Schädigungseingriffe der Sozialpartner in ihrem Verhältnis zueinander begrenzt; also eine Beschränkung des tarifautonomen Kampfrechts. Dieses privatrechtliche Übermaßverbot richtet sich an die Koalitionen [30]. Es beschränkt die Kampffreiheit zum Schutz des Tarifgegners.

---

27) Richardi RdA 1971, 334ff (336) spricht von einem "Konkretisierungsauftrag an den Richter"

28) Löwisch ZFA 1971, S. 319ff; Richardi RdA 1971, 334ff; Säcker GewMh 1972, 287ff; Seiter, Streikrecht, S. 113, 146ff, 537ff

29) Seiter, Streikrecht, 148ff

30) Seiter, ebenda, S. 151

- Kritik

Für die Beurteilung von Kampfhilfeabkommen kann das öffentlichrechtliche Übermaßverbot nicht ergiebig sein, denn die öffentlichrechtlichen Adressaten, Gesetzgeber und Rechtsprechung, werden durch Kampfwirkungen der Streikhilfeabkommen nicht berührt. Darum kann sich für Streikhilfeverträge allenfalls aus dem "privatrechtlichen" Übermaßverbot im Verhältnis der Koalitionen zueinander etwas ergeben.

Dieses privatrechtliche Übermaßverbot soll nach Ansicht von Löwisch [31] und Seiter [32] den Eingriff des kollektiv geführten Arbeitskampfes in die individualrechtlichen Vertragsbindungen regeln und mäßigen. Darum geht es jedoch bei der Eskalationswirkung von Streikhilfeabkommen nicht. Die Kampfausweitung durch Streikhilfe verursacht Schäden zu Lasten der Allgemeinheit. Erforderlich wäre also ein Übermaßverbot als Kollisionsnorm zwischen Arbeitskampffreiheit und Gemeinwohl. Dieses privatrechtlich verstandene Übermaßverbot bezieht sich nur auf das Verhältnis der Koalitionen zueinander. Es läßt sich nicht aus dem Spielbankbeschluß des BAG herleiten. Das BAG hat die Verhältnißmäßigkeitsregel ausdrücklich mit den Kampfschäden Dritter und mit Einbußen des Gemeinwohls begründet ("... berühren ... nicht nur die ... Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachteilig ...") [33]. Vom Schutz der Sozialpartner, oder wenigstens dem Schutz individualvertraglicher Beziehungen, war in dem Urteil nicht die Rede.

Dagegen bezog sich der Spielbankbeschluß ausdrücklich auf die "Allgemeinheit". Mit Rücksicht auf den richtungsweisenden Einfluß der höchstrichterlichen Rechtsprechung im kollektiven Arbeitsrecht ist zu erwarten, daß das Übermaß-

---

31) Löwisch ZFA 1971, 323ff

32) Seiter, a.a.O. (FN 29), S. 151f

33) Vgl. FN 17 S. 167

verbot zum Schutz der Allgemeinheit weiterentwickelt wird. Daneben mag ein privatrechtliches Übermaßverbot als Schutz vor Rechtsmißbrauch bestehen. Auch läßt sich ein Verhältnismäßigkeitserfordernis in vielen Eingriffsschranken des Zivilrechts nachweisen [34]. Seiter hat dies überzeugend mit gesetzlichen, dem Übermaßverbot verwandten Bestimmungen belegt [35]. So schützen z.B. die §§ 228, 632 Abs. 2 S. 2, 251 Abs. 2, 343 Abs. 1, 2170 Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich gegen unverhältnismäßige und einseitig veranlaßte Belastungen. Der übereinstimmende Grundgedanke dieser Beispiele aus dem bürgerlichen Recht mag auf andere Rechtsgebiete übertragbar sein. Möglicherweise läßt er sich auch im Verhältnis der Sozialpartner zueinander einsetzen, was jedoch erst gründlicher Untersuchung bedürfte und hier nicht geklärt werden kann. Jedenfalls aber sprechen zwei Argumente dagegen, ein solches privatrechtliches Übermaßverbot für das Arbeitskampfrecht zu entwickeln.

Erstens ist eine Norm, die der Mäßigung von Kontrahenten zum gegenseitigen Schutz dienen soll, immer dort unnötig, wo beide Seiten stark genug zur Selbstverteidigung sind. Diese gegenseitige Kontrollfähigkeit der Sozialpartner wird schon durch den Paritätsgrundsatz ausreichend gewährleistet. Damit ist eine weitere Schutznorm wie das privatrechtliche Übermaßverbot zwischen den Tarifgegnern überflüssig.

Zweitens würde das privatrechtliche Übermaßverbot Kampfschäden beider Tarifpartner auf ein bestimmtes verhältnismäßiges Niveau begrenzen. Dadurch würden Kampfschäden grundsätzlich gemildert, und gleichzeitig würde der sozialpolitisch erwünschte Einigungszwang verringert. Der Tarif-

---

34) Metzner, Richard, Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit im Privatrecht, Diss., Erlangen, S. 50ff

35) Seiter, Streikrecht, S. 152; ebenso Ziemer, Diss., S. 141

kampf würde an Härte verlieren und länger dauern.

Darum ist der Versuch verfehlt, ein arbeitsrechtliches Übermaßverbot auf das Verhältnis der Sozialpartner zu beziehen. Vielmehr wäre ein Übermaßverbot in dem Kollisionsbereich von Tarifautonomie und Gemeinwohl erforderlich.

Auch das BAG hat mit seinem Hinweis auf Kampfschäden Dritter und der Allgemeinheit deutlich eine Gemeinwohlbindung des Arbeitskampfes angesprochen.

- Das arbeitsrechtliche Übermaßverbot zwischen Gemeinwohl und Tarifautonomie

Arbeitskämpfe wirken als "legalisierte" Eingriffe in das volkswirtschaftliche Gemeinwohl. Begrenzt man sie durch ein Übermaßverbot, dann wird gleichzeitig ein Teil der Koalitions- und Kampffreiheit beschränkt. Wegen des besonderen verfassungsrechtlichen Rangs der Arbeitskampffreiheit [36] ist wiederholt jede Gemeinwohlbindung der Tarifautonomie abgelehnt worden.

(Das Argument von der unzulässigen Reglementierungswirkung)

So wird die Gemeinwohlbindung der Kampffreiheit als grundrechtswidrige Reglementierung der Sozialpartner hingestellt [37]. Durch das Übermaßverbot maße sich die Rechtsprechung eine ordnungspolizeiliche Kontrollbefugnis an,

---

36) Die verfassungsrechtliche Grundlage liegt in Art. 9 III, 20 I, Art. 28 I GG, also im systematischen Zusammenhang von Koalitionsgrundrecht und Sozialstaatsprinzip, vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht § 2, A, IV, 1, b, S. 43

37) Däubler JuS 1972, 648 (Option für Frieden und Ordnung, Veränderungsfeindlichkeit); Säcker GewMh 1972, 298f

die ihr verfassungsrechtlich nicht zukomme und die nur dazu gedacht sei, die gesellschaftsverändernde Kraft der Arbeitskämpfe in den Krisen des Spätkapitalismus zu unterdrücken [38]. Diese Auffassung beruht auf zwei unbewiesenen Prämissen. Zunächst setzt sie voraus, daß die Kampffreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) durch keinerlei Schranken begrenzt wird. Zum anderen versteht sie den Arbeitskampf als systemüberwindende Kraft [39]. Beide Prämissen sind unhaltbar. Art. 9 Abs. 3 GG normiert die Arbeitskampffreiheit nur als ein Grundrecht unter vielen anderen. Auch die Arbeitskampffreiheit unterliegt nach einhelliger Rechtsauffassung dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG [40] und kann deshalb, ebenso wie andere Grundrechte, durchaus Grenzen haben, z.B. in den Art. 12, 14 GG [41]. Schließlich können Arbeitskämpfe auch nicht als Revolutionsinstrument anderer Art gelten. Der Arbeitskampf hat nach Art. 9 Abs. 3 GG eine deutliche Hilfsfunktion für die tarifautonome Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Geradezu willkürlich erscheint es, wenn unter Berufung auf diese funktionsgebunden garantierte Kampffreiheit die sozialrevolutionäre Abschaffung jener Gesellschaftsordnung verfolgt wird, die sich unter diesen Grundrechtsgarantien entwickelt hat. Unsere freiheitlich demokratische Grundordnung gewährt kein Recht zu ihrer Liquidation.

(Der Einwand terminologischer Unschärfe)
Ferner wurde gegen die Gemeinwohlbindung der Kampffreiheit angeführt, der richterrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz enthalte eine unbrauchbare Leerformel und schade der Rechtssicherheit im kollektiven Arbeitsrecht [42]. Mit

---

38) A.E. Meyer, ZRP 1974, 255f

39) Zutreffend Zöllner, Aussperrung, S. 48f

40) Vgl. FN 4 S. 164

41) Hueck/Nipperdey, Lb. 7. Aufl. Bd II/2, S. 994ff, 997

42) Löwisch ZFA 1971, 321; Däubler JuS 1972, 642ff;
A.E. Meyer ZRP 1974, 254

gleicher Stoßrichtung läßt sich gegen die Gemeinwohlbindung eines Grundrechts einwenden, sie sei zu unbestimmt, um als Freiheitsschranke zu dienen. Diese Kritik ist in gewissem Grade berechtigt. Ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe, wie Verhältnismäßigkeit und Gemeinwohl, bedürfen weiterer richterlicher und rechtswissenschaftlicher Präzisierung. Andererseits sind sie nicht schon aufgrund ihrer anfänglichen Unschärfe unbrauchbar. Auch das Sozialstaatsprinzip ist durch allmähliche Rechtsentwicklung zu einer anerkannten Form herausgebildet worden [43]. Begriffe wie "Gemeinwohl" und "Interesse der Allgemeinheit" werden längst in gesetzlichen Tatbeständen verwendet (§§ 8 Abs. 1, 24 Abs. 3 GWB). Eine Gemeinwohlbindung des kollektivarbeitsrechtlichen Übermaßverbotes kann präzisierungsbedürftig sein, ist deshalb jedoch nicht von vornherein unbrauchbar.

(Das Argument von der freiheitschützenden Tendenz des Übermaßverbotes)
Gegen ein Übermaßverbot zu Lasten der Arbeitskampffreiheit soll außerdem sprechen, daß der Verhältnismäßigkeitsgedanke zum S c h u t z von Freiheitsrechten gegenüber obrigkeitlichen Eingriffen des Gemeinwesens entwickelt worden ist [44]. Dieser Rechtssatz könne nur zur B e s c h r ä n k u n g von Freiheitsrechten - hier der Arbeitskampffreiheit - dienen. Jedoch ist die Verwendung eines Rechtssatzes nicht durch seine Entstehungsgeschichte festgelegt. Auch die im Zivilrecht entwickelten Rechtsinstitute der Verwahrung, des Auftrags und der ungerechtfertigten Bereicherung sind schließlich ins allgemeine Verwaltungsrecht übernommen worden, obwohl sie einem grundsätzlich anders gestalteten Rechtsgebiet entstammen. Beschränkt das verwaltungsrechtliche Übermaßverbot hoheitliche Eingriffsbefugnisse, so kann es im Arbeitsrecht durchaus auch die Eingriffe der kämpfenden Sozialpartner

---

43) Maunz/Düring, Ktr. z. GG, Art. 20 Rdz 150, 154ff

44) Säcker, GewMh 1971, 297

in den ungestörten Ablauf der Volkswirtschaft mäßigen [45].

Allerdings ist den Kritikern dieses arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes zuzugeben, daß die einschränkende Tendenz, die das Übermaßverbot im Verwaltungsrecht zu Lasten des Hoheitsträgers und zum Vorteil des Freiheitsrechts entfaltet, nun im Arbeitsrecht nicht einfach zu Lasten der Kampffreiheit und zugunsten des Gemeinwohls eingesetzt werden darf. Die Anforderungen, die das Übermaßverbot an Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von hoheitlichen Maßnahmen stellt, dürfen wohl kaum so in das Arbeitsrecht übernommen werden, daß etwa eine Gewerkschaft jeweils Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ihres Streiks nachweisen müßte. Doch handelt es sich bei dieser Frage nur um ein durchaus lösbares Anpassungsproblem. So könnte die Hinderungstendenz des Übermaßverbotes im Arbeitsrecht umgekehrt werden, indem man die Beweislast für die Verhältnismäßigkeit dem Eingreifenden (z.B. der streikenden Gewerkschaft) abnimmt und als Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit auf die Gegenseite verlagert. Wenn der Gegner die Unverhältnismäßigkeit eines Arbeitskampfes darlegen und beweisen muß, wirkt das Übermaßverbot in allen Zweifelsfällen nicht mehr freiheitsbeschränkend, so daß es wegen einer angeblich restriktiven Wirkung gegenüber der Arbeitskampffreiheit nicht zu verwerfen ist.

(Der Einwand fehlender Durchsetzungsmacht)
Löwisch hat gegen ein arbeitskampfrechtliches Übermaßverbot vorgebracht, es könne das Gemeinwohl nur schützen [46], sofern im Übertretungsfall öffentlichrechtliche Sanktionen zur Verfügung stünden; solche Sanktionen zum Schutz des Gemeinwohls gebe es aber nicht. Dieser Einwand übersieht

---

45) Ebenso, wenn auch mit privatrechtlichem Ansatz: Löwisch ZFA 1971, 323; Seiter, Streikrecht, S. 153; Lerche, a.a.O. (FN 18), S. 22: "Güterabwägung"

46) Löwisch ebenda (FN 45)

die wechselseitige Kontrolle der Sozialpartner. Jede einzelne Kampfmaßnahme, die das Allgemeininteresse bedrohen kann, geht auf das Handeln eines der Sozialpartner zurück. Sein tarifpolitischer Gegner wird jeweils, um seiner eigenen Position zu nützen, jeden Verstoß gegen das Obermaßverbot anprangern und sich selbst zum Anwalt der Allgemeinheit aufwerfen, zu der er sich selbst rechnet. Sodann werden unabhängige Richter die Rechtmäßigkeit der fraglichen Kampfmaßnahme beurteilen und im Fall ihrer Unverhältnismäßigkeit dem Kläger Ersatzansprüche zuerkennen. Zwar wird der Schaden des Gemeinwohls auf diese Weise nicht ersetzt, doch genügt schon die Möglichkeit einer solchen Schadensersatzpflicht [47] als Druckmittel, um das Übermaßverbot auch im Dienste der Allgemeinheit durchzusetzen.

(Der Mißbrauchsgedanke als Geltungsgrund)
Schließlich ist am Spielbankbeschluß [48] des BAG wiederholt bemängelt worden, das Gericht habe seinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht begründet, insbesondere aber die angebliche Gemeinwohlbindung der Kampffreiheit ohne Herleitung ausgesprochen [49]. Doch auch wenn die Begründung des BAG recht knapp ausgefallen ist, scheint dieser Vorwurf vom Begründungsmangel als zu pauschal. Das Gericht hat jene unvermeidbaren Folgeschäden zur Begründung seines Übermaßverbotes herangezogen, die in einer modernen, vielfältig verflochtenen Volkswirtschaft bei Arbeitskämpfen immer eintreten [50]. In diesem Hinweis liegt die

---

47) Zwar lassen sich die ungeheuren Schadensbeträge sehr oft gar nicht beitreiben und könnten den Tarifvertragspartner ruinieren; das ist unerwünscht. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß, zumindest im Wiederholungsfall unzulässiger Maßnahmen, Teilbeträge des entstandenen Schadens eingeklagt und vollstreckt werden.

48) Vgl. FN 16, S. 167

49) Löwisch, a.a.O., S. 321; Säcker GewMh 1972, 296f

50) Vgl. FN 17 und wörtl. Zitat S. 167

selbstverständliche Feststellung, Kampfschäden Dritter dürften nicht unbegrenzt verursacht werden [51], m.a.W. die Grenze der Kampffreiheit sei dort gegeben, wo sie andere Rechte verletze. Dieser Gedanke steht im Einklang mit dem Gemeinschaftsvorbehalt in Art. 2 Abs. 1 GG, der Grundrechte dort begrenzt, wo andere gleich- oder höherrangige Rechte verletzt werden [52].

Aber noch ein anderer, geradezu selbstverständlicher Gedanke kommt in dieser Begründung des BAG zum Ausdruck. Er würde für sich genommen schon ein Übermaßverbot rechtfertigen. Es ist die Erkenntnis, daß der Grundgesetzgeber die Arbeitskampffreiheit als beste Form des Interessenausgleichs grundrechtlich abgesichert hat [53], obwohl ihr Gebrauch Schäden verursacht. Dadurch ist die Arbeitskampffreiheit mit einer ganz eindeutigen Nutzenerwartung gekoppelt: Arbeitskampf soll als insgesamt nützliches Instrument erlaubt sein, obwohl er Individualrecht bricht. Diese Nutzfunktion des Kampfgrundrechtes umschließt zugleich die Absage an jeden Arbeitskampf, der "grundlos" Schäden verursacht, weil er dieser Nutzerwartung eindeutig widerspricht [54]. Welches Rechtsinstitut aber wäre besser geeignet, "grundlose" und "nützliche" Arbeitskämpfe gegeneinander abzugrenzen, als das Übermaßverbot des BAG? Es ist Kollisionsnorm, Mißbrauchsschranke und in gewissem Umfang auch variables Steuerungsmittel zugleich und deshalb geeignet Kampfmaßnahmen zu beschränken, die sinnlose Opfer des Gemeinwohls fordern.

---

51) Seiter, Streikrecht, S. 544

52) Vgl. FN 4 S. 164

53) Seiter, Streikrecht, S. 545: Arbeitskampf selbst als Bestandteil des Allgemeinwohls; Söllner, Arbeitsrecht, S. 269, beide lassen die damit implizierte Nutzenerwartung der Kampfrechtsgarantie jedoch unausgesprochen

54) Schelsky, Systemüberwindung, S. 28, 30 geht soziologisch bis zu einem Exzessverbot für Grundrechte

Deshalb ist das arbeitsrechtliche Übermaßverbot auf das Verhältnis von Kampffreiheit und Gemeinwohl zu beziehen. Sein Geltungsgrund liegt in einer stillschweigenden Prämisse jedes Rechtsinstituts, nämlich in der Forderung, daß jedes Recht dort endet, wo es durch Mißbrauch seinen Sinn verliert [55].

b. Der Maßstab des Übermaßes (Geeignetheit, mildestes Mittel, Verhältnismäßigkeit)

- Die freiheitsbegünstigende Tendenz des Übermaßverbotes

Wie gezeigt, müssen die Restriktionswirkungen, die das Übermaßverbot für Arbeitskämpfe entfalten kann, auf ein mit dem grundrechtlichen Rang der Kampffreiheit vereinbares Maß beschränkt werden.

Deshalb sind zwei Korrekturen geboten: Einmal die bereits erwähnte Verlagerung der Beweislast auf denjenigen, der den eingriffsähnlichen Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen entgegentreten will. Zum anderen empfiehlt sich aber auch eine inhaltiche Korrektur: So sollten als Verstoß gegen das Übermaßverbot nur jene Kampfmaßnahmen gelten, bei denen sich e i n d e u t i g ü b e r m ä ß i g e Belastungen der Allgemeinheit ergeben [56]; dadurch wird eine kritische Grauzone vermieden.

---

55) Palandt/Heinrichs, § 242 BGB Anm. 4, C. d; Staudinger/Weber § 242 BGB Rdz D4, D19ff. Wobei gleich ist, ob man die Zweckbegrenzung als Inhalt des Rechts ansieht (sog. Innentheorie), - vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, aus Arbeiten z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72, 1934, S. 152 - oder als durch die Rechtsordnung gesetzte Schranke, z.B. durch Treu und Glauben (sog. Außentheorie); w.N. bei Staudinger/Weber § 242 Rdz D 25

56) Seiter, Streikrecht, S. 155: "Verbot grober Unverhältnismäßigkeit"

Ferner fragt sich, ob und wie die im Verwaltungsrecht entwickelten Bestandteile des Obermaßverbotes (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) im kollektiven Arbeitsrecht verwendbar sind.

So setzt sich die Komponente "Erforderlichkeit" im Verwaltungsrecht aus Geeignetheit und dem Grundsatz vom mildesten Eingriff zusammen. Auch das BAG hat in seinem Spielbankbeschluß sachliche Geeignetheit von Arbeitskämpfen gefordert. Was ist unter diesen Bestandteilen des Obermaßverbotes im Arbeitsrecht zu verstehen?

- Die "Geeignetheit" im Arbeitskampfrecht

Die Geeignetheit eines Mittels läßt sich nur mit Blickrichtung auf einen bestimmten, prognostizierbaren Erfolg beurteilen. Im Arbeitsrecht hieße dies: Eine Arbeitskampfmaßnahme wäre in diesem Sinne geeignet, wenn sich mit ihr ein bestimmter tarifpolitischer Erfolg durchsetzen ließe. Diese Prognose ist aber schon wegen des unterschiedlich starken Widerstandswillens des Tarifgegners im Einzelfall unmöglich [57]. Insofern läßt sich nur in einem sehr groben und mehr theoretischen Rahmen als zweifelsfrei ungeeignet einstufen, was eindeutig nicht in die Regelungskompetenz der Sozialpartner fällt. Beispielsweise wäre ein Streik zur Durchsetzung lohnsteuerrechtlicher Reformwünsche eindeutig deshalb ungeeignet, weil die verlangten Gesetzesänderungen nicht durch Tarifvertrag herbeigeführt werden können [58].

---

57) Nach Löwisch ZFA 1971, 341 soll es deshalb überhaupt keine sinnvollen Grenzen der Erforderlichkeit im Arbeitskampf geben

58) Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht § 4, II, 4, S. 61; Hueck/Nipperdey, Lb. 7. Aufl., Bd II/2, S. 884f stellen darauf ab, daß sich der Arbeitskampf gegen den falschen Adressaten richtet.

Das Erfordernis "eindeutige Ungeeignetheit" einer übermäßigen Kampfmaßnahme würde also nur solche Arbeitskämpfe treffen, die ihrer Zielsetzung nach nicht in einem Tarifvertrag beigelegt werden können. Darin läge zwar ein für die Allgemeinheit außerordentlich wichtiger Schutz gegen alle rein politischen Arbeitskämpfe, für Kampfhilfeabkommen läßt sich daraus aber nichts herleiten, denn diese werden erst durch den Beginn eines Arbeitskampfes ausgelöst, der jeweils durchaus rechtmäßig sein kann.

- Das "mildeste Mittel" im Arbeitskampfrecht

Noch weniger Anwendungsmöglichkeiten bieten sich im Arbeitsrecht für den Grundsatz des mildesten Eingriffs. Er setzt jene Auswahlmöglichkeit unter mehreren geeigneten Mitteln voraus, die es im Arbeitskampfrecht mangels genauer Wirkungsprognose nicht gibt. Außer der Wahlmöglichkeit verschiedener Kampfmaßnahmen müßte ferner zur Bestimmung des mildesten Mittels der Schaden jeder einzelnen Maßnahme vorhersehbar sein. Gerade diese Folgewirkungen hängen wiederum von der Dauer des Konflikts und damit von dem unberechenbaren Widerstandswillen der Gegenseite ab. Deshalb läßt sich die Forderung nach dem mildesten Mittel nicht in ein arbeitsrechtliches Übermaßverbot übernehmen.

Der Grundsatz vom mildesten Eingriff ist auch nicht etwa mit dem ultima ratio-Prinzip gemeint [59], das das BAG für Arbeitskämpfe aufgestellt hat [60]. Als ultima ratio wird ein Mittel nur bezeichnet, wenn es in seiner Steigerung gegenüber anderen Mitteln eine deutliche Änderung der Lage auslöst, wie z.B. der Übergang von Tarifverhandlungen zum Tarifkampf. Eine solche Eskalation ist bei Arbeitskampfmaßnahmen wie gezeigt nicht vorhersehbar.

---

59) A.A. Löwisch, a.a.O. (FN 57), S. 337, der den "ultima ratio"-Grundsatz als Bestandteil der Erforderlichkeit ansieht

60) S.o. S. 167

- Die "Verhältnismäßigkeit" im Arbeitskampfrecht

Nach diesen einschränkenden Feststellungen zur "Erforderlichkeit" kann sich der Maßstab eines arbeitsrechtlichen Übermaßverbotes nur noch aus dem Bestandteil "Verhältnismäßigkeit" ergeben. Im Verwaltungsrecht ist damit eine Mittel-Zweck-Relation von Eingriffsbelastung und Eingriffsvorteil gemeint [61]. Würde man dieses Abwägungsmodell unverändert ins Arbeitskampfrecht übertragen, käme es zu einer Bewertung tarifpolitischer Kampfziele. Eine solche Bewertung ist grundsätzlich unmöglich, da sie jeweils nach dem Standpunkt des Betrachters wechselt. Sie ist auch einem neutralen Dritten nicht möglich, denn beispielsweise lassen sich die Wirkungen einer Tarifforderung für die Geldwertstabilität oder die Vollbeschäftigung nicht hinreichend genau vorhersagen. Außerdem würde eine solche Bewertung die soziale Selbstverwaltung der Sozialpartner, also ihre Tarifautonomie, einer zu weit gehenden richterlichen Kontrolle unterwerfen [62].

Daher muß auch das Verhältnismäßigkeitserfordernis des Übermaßverbotes den Besonderheiten des Arbeitskampfrechts angepaßt werden. Im Arbeitskampfrecht wägt das Übermaßverbot das Interesse der Tarifpartner an der Konfliktbereinigung einerseits und das Interesse der Allgemeinheit an einer störungsfrei ablaufenden Volkswirtschaft andererseits gegeneinander ab.

(Die Fallgruppen unverhältnismäßiger Arbeitskämpfe)

Die Abwägung dieser widerstreitenden Interessen kann in zwei Fallgruppen die Unverhältnismäßigkeit einer Kampfmaßnahme ergeben. Zum einen gehören hierher die Arbeits-

---

61) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd I 9. Aufl., S. 179; Bd III, 3. Aufl., S. 143

62) Ebenso die Rspr: RGZ 106, 272 (277; LAG Stuttgart AP 52 Nr. 162, S. 207, 210; Rüthers DB 1970, 2120 (2127f); Söllner, Arbeitsrecht, § 12, I, 1

kämpfe, die durch V e r s o r g u n g s a u s f ä l l e untragbare Kampfschäden auslösen, wie z.B. bei Zusammenbruch der Heizmittelversorgung im Winter, der Krankenhausversorgung oder der Trinkwasserversorgung der Bevölkerung [63]. Zum anderen kann Unverhältnismäßigkeit dann eintreten, wenn die Kampfschäden durch eine besonders weite K a m p f a u s d e h n u n g [64] außer Verhältnis zu dem umkämpften Regelungserfolg stehen.

Für die Frage, wann Kampfhilfeleistungen eine unverhältnismäßige Kampfausweitung verursachen, kommt es nur auf die zweite Fallgruppe an, so daß sich die inhaltliche Konkretisierung des Übermaßverbotes hier auf Ausweitungsgrenzen beschränken kann.

Wann dabei die Abwägung von Kampfinteresse und Gemeinwohl eine eindeutige Unverhältnismäßigkeit der Kampfausweitung ergibt, muß noch für viele Einzelfälle geklärt werden. Jedenfalls dürfte die Ausnutzung der Kampffreiheit immer dann unverhältnismäßig sein, wenn das Interesse des kämpfenden Sozialpartners an gewaltsamer Auseinandersetzung v ö l l i g f e h l t . Dieser Fall mutet auf den ersten Blick theoretisch an, ist aber immer dort gegeben, wo Koalitionsangehörige mitkämpfen, die von Kampfziel und Kampfausgang nicht betroffen sind. Der Tarifkampf ist ein Mittel zur Interessenwahrung und deshalb nur dort sinnvoll, wo er tatsächlich vorhandenen Interessen der Kämpfenden dient.

So gilt es als zweifelsfrei unzulässig, wenn Drucker in Konstanz in den Ausstand treten, um einen Lohnkampf von

---

63) Diese Fälle werden - jedenfalls bei Fehlen eines Notdienstes - im Schrifttum einhellig als unzulässig beurteilt, vgl. Brox/Rüthers: Sittenwidrigkeit aus Unverhältnismäßigkeit; Hueck/Nipperdey, Lb. Bd II/2, 7. Aufl., S. 1030, 1032; Seiter, Streikrecht, S. 547ff, 555

64) Diese Fallgruppe unverhältnismäßiger Arbeitskämpfe haben bisher nur Seiter, Streikrecht, S. 554f und Löwisch ZFA 1971, 341 aufgezeigt, aber nicht eingeordnet.

Werftarbeitern in Bremen und Hamburg zu unterstützen [65].

Im Gegensatz dazu wäre eindeutig zulässig, daß innerhalb der räumlichen Geltungsgrenzen eines Tarifvertrages alle Mitglieder der betroffenen Gewerkschaft für Arbeitsplatzverbesserungen zugunsten einer kleineren Gruppe von Gewerkschaftsangehörigen in den Ausstand treten [66].
Zweifelhaft wird das Ergebnis aber schon dann, wenn der Kampfunterstützung ein nicht genau meßbares Interesse zugrundeliegt, wie beispielsweise bei Tarifkämpfen mit Signalwirkung für Nachbarbezirke oder wirtschaftlich verwandte Branchen.

Deshalb fragt sich, wo nun die Grenze zwischen zulässiger und eindeutig unzulässiger Kampfausweitung zu ziehen ist. Sie würde zugleich die Grenze noch begründeter und deshalb noch verhältnismäßiger Kampfausweitung bilden.

(Die Neutralitätsanordnung der BfA als Ausweitungsgrenze)

Als Differenzierungsmerkmal bieten sich die Neutralitätsgrenzen an, die nach der Neutralitätsanordnung [67] zu § 116

---

65) Dies folgt im Ergebnis auch aus der h.M. zum Sympathiekampf. (Hier i.S.v. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 1, B, I, 2, f, bb, S. 34, der ausdrücklich zwischen zulässigen Neutralitätserzwingungskämpfen gegen den eigenen Arbeitgeber und unzulässigen Sympathiekämpfen gegen fremde Arbeitgeber unterscheidet) Auch die h.M. verlangt für zulässige Sympathiekämpfe eine Einwirkungsmöglichkeit des (sympathie-halber) bestreikten Arbeitgebers auf das Verhalten der Arbeitgeber im Hauptkampf. Vgl. Hueck/Nipperdey, Lb. Bd II/2, 7. Aufl., S. 898, 1009; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd II, 2. Aufl., S. 88. Grundsätzlich ablehnend: Rüthers BB 1964, 312ff u. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8, A, II, 1, b, S. 127; differenzierend Löwisch RdA 1962, 314ff

66) Auch nach Rüthers BB 1964, 314 kann die gesamte tariflich betroffene Gliederungsgruppe (= Tarifbezirkskoalition) in den Kampf eintreten

67) Anordnung des Verwaltungsrates der Bundesanstalt für Arbeit vom 22.3.73 über die Gewährung von Leistungen bei Arbeitskämpfen; Neutralitätsanordnung = NeutrAO ANBA S. 365

AFG [68] für Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit gelten.

Inhalt: Nach § 116 AFG darf die BfA die Leistungen ihrer Arbeitslosenversicherung nicht den Arbeitnehmern gewähren, die durch den Arbeitskampf ihren Arbeitsplatz verloren haben. Sonst würden die Zahlungen der BfA das Kräfteverhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern verändern [69]. Diese Neutralitätspflicht gilt nach § 116 Abs. 3 AFG über den Kreis der unmittelbar am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmer hinaus auch für solche Arbeitslose, deren Arbeitslosigkeit zumindest mittelbare Folge eines andauernden Arbeitskampfes ist und deren Unterstützung durch Arbeitslosengeld den Arbeitskampf beeinflussen würde. Diese Arbeitnehmer gelten nach § 116 AFG noch als kampfbeteiligt und dürfen während des Arbeitskampfes nicht aus einer staatlichen Versicherung unterstützt werden.

Damit hat der Gesetzgeber einen Zusammenhang zwischen Kampfbeteiligung und einem bestimmten regional abgrenzbaren Kampfinteresse anerkannt. Als Kampfbeteiligte gelten nach §§ 2 bis 4 NeutrAO außer den unmittelbar Streikenden oder Ausgesperrten solche Arbeitnehmer, die

- in einem kampfbeteiligten Betrieb arbeiteten und von den umkämpften Tarifbedingungen erfaßt werden/würden (§ 2 NeutrAO)
- in einem Betrieb im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages arbeiteten und von den umkämpften Tarifbedingungen erfaßt werden/würden (§ 3 NeutrAO)
- in einem Betrieb im fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages arbeiteten und räumlich zu einem Tarifbereich gehören, in dem gleichartige Kampfforderungen durchgesetzt werden sollen (§ 4 NeutrAO)

---

68) Arbeitsförderungs-Gesetz v. 25.6.1969 (BGBl I S. 582)

69) Dann könnten die Gewerkschaften nämlich Schwerpunktstreiks beginnen und den Lohnausfall mittelbar betroffener Arbeitnehmer von der Arbeitslosenversicherung auffangen lassen, BSG NJW 1976, 689 (691)

Diese Abgrenzungsmerkmale umreißen den Kreis der Kampfbeteiligten.

Abgrenzungstauglichkeit: Als Abgrenzungskriterium verwendet die NeutrAO ebenso wie der hier vertretene Verhältnismäßigkeitsmaßstab das Interesse der Kampfbeteiligten am Ergebnis des Tarifkonflikts. Dieses Beteiligungsinteresse besteht, soweit die Signalwirkung reicht, sei es, daß der umkämpfte Abschluß als beispielhaftes Ergebnis für einen anderen Tarifvertrag wirkt oder daß er schon die tarifpolitischen Forderungen eines Sozialpartners in einem anderen Bezirk bestätigt und damit unterstützt [70].

Deshalb bilden die Grenzen der NeutrAO für die Kampfbeteiligung zugleich den Rahmen berechtigter, d.h. verhältnismäßiger Konfliktteilnahme.

Abgrenzungszweck: Auch nach dem Abgrenzungszweck besteht Kongruenz zwischen der Kampfbeteiligung i.S.d. NeutrAO und dem Kreis zweifelsfrei verhältnismäßiger Kampfausweitung. Das Neutralitätsgebot soll den Interessenausgleich durch Arbeitskampf und den anschließenden Tarifvertrag bis zu den Grenzen ihrer Reichweite hin von staatlicher Einflußnahme freihalten. Genau an dieser Grenze der Randwirkungen von Arbeitskämpfen und Tarifverträgen setzt aber auch der Bereich unverhältnismäßiger Kampfbeteiligung ein, denn außerhalb der Regelungsreichweite des Konflikts und Tarifvertrages ist kein Arbeitskampfbeitrag mehr nötig oder gerechtfertigt. In beiden Fällen wird die Befriedungsreichweite

---

70) Diese Kriterien des § 4 NeutrAO wie auch die Rechtsnatur der NeutrAO insgesamt sind umstritten, vgl. Jülicher, DB 1973, 720ff, 770ff (771); Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, Berlin 1974, S. 43ff, 47ff m.w.N. außerordentlich eng wird Modellcharakter (= Signalwirkung) eines Arbeitskampfes von BSG NJW 1976 691f nur anerkannt, wenn die Nachbarbezirke von vornherein die Absicht haben, den umkämpften TV zu übernehmen. Auf diese Meinungsunterschiede kommt es jedoch hier nicht an, weil, ganz gleich zu welchem Ergebnis die Rechtsentwicklung hier führt, die Grenze anerkannter Kampfbeteiligung in § 116 AFG und im Arbeitskampfrecht kongruent sein muß.

des Tarifvertrages als Abgrenzungskriterium verwendet [71].

Damit sind die Abgrenzungsmerkmale der NeutrAO als inhaltlich geeigneter Maßstab für eine im Sinne des arbeitskampfrechtlichen Übermaßverbots verhältnismäßige Kampfbeteiligung ausgewiesen.

c. Ergebnis

Somit besteht das arbeitskampfrechtliche Übermaßverbot ebenso wie das verwaltungsrechtliche aus zwei Bestandteilen: aus dem Verbot eindeutig ungeeigneter Kampfmaßnahmen anstelle der öffentlichrechtlichen Erforderlichkeit und aus dem Verbot eindeutig unverhältnismäßiger Kampfwirkungen anstelle des öffentlichrechtlichen Verhältnimäßigkeitserfordernisses. Das arbeitskampfrechtliche Übermaßverbot wirkt als Abwägungsinstrument zwischen dem Interesse der Sozialpartner an ungehemmtem autonomen Interessenausgleich durch Arbeitskampf und Tarifvertrag einerseits und dem Interesse der Allgemeinheit an ungestörtem Wirtschaftsablauf andererseits. "Ungeeignetheit" und "Unverhältnismäßigkeit" einer Kampfmaßnahme richten sich nach dem Zweck des Arbeitskampfes tairfvertragliche Regelungen herbeizuführen. Eine unverhältnismäßige Ausdehnung von Arbeitskämpfen liegt dann vor, wenn sie über die Grenzen der in § 4 NeutrAO definierten Signalwirkung hinausreicht.

3. Vereinbarkeit von Übermaßverbot und Paritätsgrundsatz

Das Übermaßverbot hindert die Tarifvertragspartner an einer unbeschränkten Ausweitung des Kampfgebietes. Gegen diese Beschränkung ist eingewandt worden, sie begünstige den Angreifer und verstoße gegen das Paritätsgebot, weil mit den

---

71) Die Benennung dieser Wirkungszone ist unterschiedlich vgl. Jülicher DB 1973, 723 und Richardi NJW 1975, 378 stellen Signalwirkung und Vorteilsreichweite gleich, das BSG a.a.O. (FN 69) S. 692: wo eine wesentliche Situationsänderung eintritt

Kampfforderungen das Kampfgebiet einseitig zum Nachteil des Angegriffenen festgelegt werden könne [72]. Damit sind wohl solche Fälle gemeint, in denen eine Gewerkschaft ihre Forderungen bewußt auf einen Bezirk weniger widerstandsbereiter Arbeitgeber beschränkt, um dort zu einem leichteren Erfolg zu gelangen. Die Verletzung des Paritätsgebots soll nun darin liegen, daß die Arbeitgeber z.B. nicht mit kampfgebietsausweitender Aussperrung antworten können, wenn das Kampfgebiet schon durch den Eröffnungszug der Gewerkschaften festgelegt wäre.

Diese Kritik geht jedoch von falschen Voraussetzungen aus, denn innerhalb eines bestimmten Kampfgebietes kann zwischen den Tarifvertragsparteien keine Disparität vorliegen, weil sie in unserer Rechtsordnung als paritätisch ausgestattet gelten [73]. Zudem lohnt sich ein "Schwerpunktangriff" nur, wenn er einen begrenzten Arbeitskampf auslöst, der zugleich - infolge seiner Signalwirkung - eine Entscheidung für andere Bezirke herbeiführt. Innerhalb der Grenzen dieser Signalwirkung darf der Angegriffene den Kampf jedoch ausdehnen, ohne gegen das Übermaßverbot zu verstoßen.

Deshalb erfordert das Paritätsgebot keine Korrektur des hier erarbeiteten Übermaßverbotes.

---

72) Löwisch ZFA 1971, 341

73) S.o. S. 139, 160

C: Subsumtion der Kampfhilfeabkommen unter das Übermaßverbot

a. Kampfhilfeleistungen als Kampfmaßnahme im Sinne des Übermaßverbotes

Nach dem Spielbankbeschluß des BAG gilt das Übermaßverbot für A r b e i t s k ä m p f e . Es fragt sich, ob die Kampfhilfe von seiten Dritter - nämlich außenstehender Arbeitgeber - überhaupt als Arbeitskampfmaßnahme in diesem Sinne gelten kann.

Das Arbeitskampfrecht kann nur dann Tarifkonflikte regeln, wenn es alle Maßnahmen erfaßt, die erstens im Tarifkonflikt wirken und zweitens von zumindest einem der autonom handelnden Gegner beherrscht werden. Drittens können Kampfmaßnahmen im Sinne des Übermaßverbotes nur solche sein, die Kampfschäden auslösen oder steigern.

Daß Kampfhilfe nachhaltig auf das Kräfteverhältnis der Sozialpartner wirkt, wurde bereits dargelegt. Auch bildet Kampfhilfe ein für die Arbeitgeberseite kontrollierbares Kampfmittel. Sie stellt eine gemeinsame Solidaritätsmaßnahme von Helfendem und Unterstütztem dar. Lieferhilfe, Kundenschutz und Personalschutz können nur aufgrund ständiger Information zwischen den Kampfhilfepartnern durchgeführt werden, so daß der unterstützte Arbeitgeber durch seine Mitwirkung darüber entscheidet, ob wirksame Kampfhilfe eingesetzt wird oder nicht. Kampfhilfeleistungen eskalieren die Kampfbeteiligung und wirken deshalb schadenserhöhend [74], so daß auch unter diesem Gesichtspunkt das Übermaßverbot auf sie anwendbar sein müßte.

Das Übermaßverbot ist deshalb auf Kampfhilfeleistungen grundsätzlich anwendbar, auch wenn sie nicht in den Katalog der historisch überkommenen Kampfmaßnahmen fallen.

---

74) S.o. S. 162

b. Kampfhilfeverträge und Übermaßschranken

- Geeignetheit:

Die Geeignetheit eines Kampfmittels bestimmt sich nach den Zielen, für die es eingesetzt wird. Die Kampfziele wechseln von Fall zu Fall, so daß vertragliche Kampfhilfeleistungen grundsätzlich als "geeignete" Kampfmaßnahmen anzusehen sind.

- Verhältnismäßigkeit:

Das arbeitskampfrechtliche Übermaßverbot untersagt jede Kampfausweitung über den in den §§ 2 bis 4 NeutrAO abgegrenzten Beteiligtenkreis hinaus.

Diese Grenze können vertragliche Kampfhilfeverpflichtungen in zwei typischen Fällen überschreiten. Einmal dann, wenn der Hilfeleistende seinen Sitz außerhalb des zulässigen Kampfgebietes hat. Zum anderen, wenn sich in einem Netz von Kampfhilfeverbindungen die Konfliktbeteiligung durch Kampfhilfeleistung, konternde Streikausweitung auf helfende Unternehmen, neue Kampfhilfeleistungen und abermalige Streikausweitung wie ein Steppenbrand unbegrenzt fortpflanzen kann [75].

Beide Fallgruppen zeigen eine Kampfausweitung, die im Einzelfall unverhältnismäßig sein k a n n , weil sie über den Beteiligungsrahmen der §§ 2 bis 4 NeutrAO hinausreicht. Für die Beurteilung von Kampfhilfeverträgen allgemein läßt sich jedoch aus diesen Einzelfällen nichts herleiten, denn die Signalwirkung ist für die Vertragsschließenden nicht vorhersehbar [76].

---

75) S.o. S. 162

76) Wenn die Kampfhilfeleistung im Einzelfall gegen das Übermaßverbot verstößt, wäre die ihr zugrundeliegende Vertragspflicht in analoger Anwendung des § 134 BGB nichtig (Erman/Westermann § 134 BGB, Rdz 1; Palandt/Heinrichs § 134 BGB, Anm. 1).

c: Ergebnis

Kampfhilfeverträge können in Einzelfällen gegen das arbeitskampfrechtliche Obermaßverbot verstoßen, weil sie uneingeschränkt zu Unterstützungsleistungen verpflichten und dadurch die Kampfbeteiligung unverhältnismäßig ausdehnen. Dies ist der Fall, wenn die Hilfeleistungen von außerhalb jenes Kampfgebietes erbracht werden, das von der Signalwirkung des Konfliktes i.S. des § 4 NeutrAO erfaßt wird.

III. Kampfhilfeverträge und kollektivarbeitsrechtliche Friedenspflicht

Durch Kampfhilfeverträge können auch völlig unbeteiligte Unternehmen in Tarifkonflikte verwickelt werden, die trotz ihres Kampfbeitrages mit ihren eigenen Arbeitnehmern auf ungestörter Grundlage des eigenen Tarifvertrages zusammenarbeiten. In diesem paradoxen Nebeneinander von Kampfbeteiligung zugunsten Dritter und Tariftreue zugunsten des eigenen Sozialpartners, könnte ein Verstoß gegen die arbeitskampfrechtliche Friedenspflicht liegen.

1. Der Inhalt der Friedenspflicht

Tarifverträge sollen nach dem Willen der Vertragsschließenden, wie andere Verträge auch, bindend sein. Diese Bindungswirkung geriete zur inhaltslosen Farce, wenn die Tarifvertragsparteien trotz ihrer Vereinbarung beliebig gegen die Vertragsregelungen mit Kampfmaßnahmen angehen dürften. Aus dem Verpflichtungszweck des Tarifvertrages folgt während seiner Geltungsdauer das Verbot, Arbeitskämpfe über den Vertragsinhalt zu führen und das Gebot, die Koalitionsmitglieder zur Vertragserfüllung anzuhalten [77]. Dieses Kampf-

77) RGZ 113, 197ff, st. Rspr.; Hueck/Nipperdey, Lb. Bd II/1, 7. Aufl., S. 306, 308; Kaskel/Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin 1957, S. 86; Nikisch, Bd II, 2. Aufl., S. 329; Söllner, Arbeitsrecht, § 12, II, 3, a, S. 81; Hueck/Nipperdey, ebenda, S. 311f

verbot ist jedem Tarifvertrag stillschweigend immanent [78] (vertragsimmanente Friedenspflicht) [79].

Daneben können die Tarifpartner aufgrund ihrer Vertragsfreiheit bis zur Grenze der unverzichtbaren Tarifautonomie eine sogenannte erweiterte Friedenspflicht vereinbaren, die Schlichtungsverfahren und Schonfristen vorschreibt oder bestimmte Kampfmaßnahmen beschränkt [80].

2. Die vertragsimmanente Friedenspflicht

a. Die sachliche Reichweite

Die vertragsimmanente Friedenspflicht beruht auf dem Grundsatz "pacta sunt servanda" [81]. Ihr Bezugspunkt und ihr Geltungsgrund ist immer ein Tarifvertrag. Sie ist als eine schuldrechtliche Verpflichtung zu verstehen, während der Vertragsdauer alle Kampfmaßnahmen im Hinblick auf den Vertragsinhalt zu unterlassen.

b. Die persönliche Reichweite der vertragsimmanenten Friedenspflicht

Die h.M. zählt die Friedenspflicht nicht zu den normativen, sondern nur zu den schuldrechtlichen Rechtsfolgen des Tarif-

---

78) Wie FN 77 außer Hueck/Nipperdey a.a.O.

79) Auch bezeichnet als "tarifliche" (Söllner, a.a.O.), "relative" oder "einfache" (Kaskel/Dersch a.a.O.) Friedenspflicht

80) Auch bezeichnet als "verschärfte" und ggf. "nachwirkende" Friedenspflicht (Kaskel/Dersch a.a.O.)

81) Gift DB 1959, 651ff (655); Müller DB 1959, 515ff; Nikisch, Lb. II, S. 331ff; Hueck/Nipperdey, Lb. Bd. II/1, S. 313f; Stahlhacke, a.a.O. § 1 TVG, Rdz 110f; Stumpf, ebenda, Rdz 335, 339

vertrages [82]. Nach einhelliger Meinung bindet sie die Koalitionen als Tarifvertragsparteien [83]. Streikhilfe wird jedoch von einzelnen Unternehmen geleistet. Bindet die Friedenspflicht auch die einzelnen Unternehmen als Mitglieder des Arbeitgeberverbandes?

Die h.M. folgt hier der sogenannten Verbandstheorie, derzufolge der Verband als Rechtssubjekt im Vordergrund steht und nicht etwa nur als Vertreter (Vertretungstheorie) oder Abschlußhelfer neben den Mitgliedern (Kumulationstheorie) auftritt [84]. Nach dieser vorherrschenden Auffassung wirkt die vertragsimmanente Friedenspflicht nur für die Tarif-

---

82) Nikisch, a.a.O., Bd II, 2. Aufl., S. 328 will der Friedenspflicht normative Wirkung zuerkennen, weil sie sich immer notwendig aus der Normenvereinbarung ergebe und die normativ verpflichteten Verbandsmitglieder immer mit ihr zu rechnen hätten. Dies überzeugt nicht, weil die Tarifverbände dann auch normativ gebunden wären, diese normative Wirkung für sie als Träger der Tarifautonomie aber begrifflich nicht möglich ist. Andererseits kann die vertragliche Friedenspflicht nicht unterschiedlich für Mitglieder (normativ) und Verband (schuldrechtlich) wirken. Nikischs Hinweis auf normative Verbindlichkeit von Tarifverträgen nach schweiz. Recht geht fehl; insofern eindeutig Hug RdA 1958, S. 83f

83) Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht § 6, II, 1, S. 73; Nikisch, a.a.O., Bd II, S. 277; Stahlhacke, a.a.O., § 1 TVG Rdz 109, BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG; Friedenspflicht (LS 3)

84) Nikisch a.a.O., ebenda; Söllner, Arbeitsrecht, S. 109ff; a.A. Thilo Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages, Stuttgart 1961, S. 69ff, der auf der Arbeitgeberseite die einzelnen Verbandsmitglieder wegen ihrer angeblich geringeren Schutzbedürftigkeit selbständig neben dem Verband als verpflichteter Tarifvertragspartner ansehen will. Ein einzelnes Unternehmen ist der Arbeitnehmerkoalition gegenüber jedoch grundsätzlich unterlegen und deshalb schutzbedürftig. Für den Sonderfall von Firmentarifverträgen stellt sich die Frage ohnehin nicht.

v e r b ä n d e beider Seiten unmittelbar verpflichtend [85]. Deshalb kann die dem Tarifvertrag immanente Friedenspflicht auch nur durch die vertragsbeteiligten Verbände, nicht jedoch etwa durch die Kampfhilfeleistung einzelner Verbandsmitglieder verletzt werden.

3. Subsumtion

Die vertraglichen Kampfhilfemaßnahmen einzelner Unternehmen können die vertragsimmanente Friedenspflicht in ihrem persönlichen Geltungsbereich nicht verletzen, weil diese Verpflichtung nur die Koalitionen als Tarifvertragspartner, nicht aber ihre Mitglieder trifft.

Die Arbeitgeberkoalition müßte jedoch aufgrund ihrer eigenen Friedenspflicht gegen Kampfhilfeleistungen ihrer Mitglieder einschreiten, wenn diese Leistungen

a) Kampfmaßnahmen i.S.d. Friedenspflicht darstellen;
b) die Friedenspflicht ihrer sachlichen Reichweite nach verletzen.

a. Kampfhilfe als Kampfmaßnahme im Sinne der vertragsimmanenten Friedenspflicht

Auch für die Friedenspflicht ist der Begriff "Kampfmaßnahme" im einzelnen umstritten [86]. Überwiegend werden darunter

---

85) Wer gegen tarifwidriges Verhalten von Verbandsmitgliedern vorgehen möchte, muß den allerdings langwierigen und umständlichen Weg über den zuständigen Verband und dessen verbandsinterne Kontroll- und Disziplinierungsmöglichkeiten gehen. Stahlhacke, a.a.O., § 1 TVG Rdz 86; schwächer Wiedemann/Stumpf, ebenda, Rdz 354; kritisch dazu Ramm, a.a.O. (FN 2), S. 18ff, der diese "Strohmannfunktion" der Verbände deshalb auch einschränken möchte und den Umweg über die Einwirkungspflicht als völlig untauglich zur Disziplinierung gegnerischer Verbandsmitglieder ansieht

86) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht Bl. 15ff; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 81; Hueck/Nipperdey, Lb. Bd II/1, S. 307; Stahlhacke, a.a.O., § 1 TVG Rdz 104

alle Maßnahmen verstanden, die "dem Verhandlungspartner die Möglichkeit des freien Verhandelns nehmen und ihn bewußt ... unter den unmittelbaren Druck von eingeleiteten Arbeitskämpfen setzen und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen wollen" [87]. Ob sich die Kampfmaßnahme gegen den eigenen Tarifvertragspartner richten muß, bleibt bei dieser Definition offen. Begriffsbestimmend ist die Druckwirkung. Sie liegt bei der Streikhilfe in der Kampfkraftsteigerung der Arbeitgeberseite während des Konflikts, besteht also in einer Wirkungssteigerung anderer Kampfmittel der Arbeitgeberseite. Kampfhilfe gehört also zu dem Kreis der möglicherweise gegen die Friedenspflicht verstoßenden Kampfmaßnahmen. Ob sie die Friedenspflicht des Helfenden selbst verletzt, ist darum nach deren sachlicher Bindungswirkung zu beurteilen.

b. Kampfhilfeleistung und sachliche Bindungswirkung des Tarifvertrages

Die vertragsimmanente Friedenspflicht schützt sachlich nur den Inhalt des Vertrages aus dem sie sich ergibt. Kampfhilfeleistungen für einen fremden Tarifkampf können also den Inhalt des eigenen Tarifvertrages nicht berühren, denn das helfende Unternehmen hält gegenüber der eigenen Belegschaft und deren gewerkschaftlichem Bezirksverband den eigenen Tarifvertrag ein.

Auch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, aus der vertragsimmanenten Friedenspflicht ein Neutralitätsgebot gegenüber fremden Tarifen herzuleiten. Jede Friedenspflicht dient nach dem herrschenden Verständnis allein dem Schutz eines

---

87) Hueck/Nipperdey, Lb., ebenda (FN 86)

bestimmten Tarifvertrages [88].

Kampfhilfeleistungen und -verträge können somit die vertragsimmanente Friedenspflicht nicht verletzen.

4. Die erweiterte Friedenspflicht

a. Allgemeines

Die Tarifpartner könnten tarifvertraglich ein Verbot für Kampfhilfemaßnahmen vereinbaren. Es fragt sich, ob ein solches Kampfhilfeverbot zulässig und wirksam wäre.

b. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit tarifvertraglicher Kampfhilfeverbote

Ein zeitlich begrenzter Verzicht auf Kampfmaßnahmen gilt, auch über die Geltungsdauer von Tarifverträgen hinaus, als zulässig [89]. Kampfhilfeverbote unterscheiden sich jedoch von den Verboten anderer Tarifmaßnahmen insofern, als sie über das schuldrechtliche Bindungsverhältnis der Tarifvertragsparteien hinausreichen, indem sie deren Mitgliedern eine bestimmte Art zur Solidarisierung verwehren [90].

---

88) Selbst wenn man mit Erdsiek NJW 1959, 2198f jede Seite der Sozialpartner als einheitlich handelnde Klasse ansieht, die konsequent jeden Bezirkstarif als verbindlich für alle anderen anerkennen müßte, käme man nicht zu einem Schutz der TV'e gegen außenstehende Verbandsgruppen: sonst müßte der TV und seine Bindungswirkung ein absolutes Recht mit negatorischer Wirkung bilden. Diese Möglichkeit wurde, soweit ersichtlich, noch nicht erwogen.

89) Trotz unterschiedlicher Begründungen im Ergebnis einhellig: Dietz JZ 1959, 425 (430); Rupert Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, S. 65, 310, 360f; Seiter, Streikrecht, S. 95; v. Münch, Bonner Ktr. z. GG, Art. 9, Rdz 148; BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG, Friedenspflicht = BAGE 6, 358

90) Gleiches gilt auch für andere Solidaritätsmaßnahmen der Arbeitgeber wie z.B. Lieferfristverlängerungen, Stundungen, Überbrückungskredite, die vertraglich zuvor festgelegt sind.

Kampfhilfebündnisse bieten nämlich eine besonders gute Übergangsform zur Neubildung oder Umbildung regionaler Koalitionen. Bevor Unternehmen eine Koalition mit neuer regionaler Gliederung aufbauen, werden sie das solidarische Zusammenwirken mit den in Aussicht genommenen neuen Koalitionspartnern praktisch erproben wollen. Für diesen Zweck bietet sich ein Kampfhilfebündnis als Übergangslösung an. Wenn nun audrückliche Kampfhilfeverbote solche Streikhilfebündnisse verhindern, wird damit gleichzeitig eine Möglichkeit zum Strukturwandel vorhandener bzw. zur Entstehung neuer Koalitionen versperrt.

Darin kann ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG liegen, denn der Schutz freier Koalitionsbildung umfaßt notwendig auch ihre typischen Entstehungstatbestände. Ob Kampfhilfeverbote gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßen, richtet sich deshalb danach, inwieweit Kampfhilfebündnisse als Übergang zu neuen Koalitionen erforderlich sind.

Diese Frage läßt sich nur mittels einer gründlichen Untersuchung über Strukturveränderungen und Neugründungen von Koalitionen beantworten. Empirisch gesichertes Material darüber gibt es bislang nicht, insbesondere nicht zu der Frage, welche Bedeutung Kampfhilfeverträge für diese Übergangsregelungen besitzen. Auch sind bisher tarifvertragliche Kampfhilfeverbote, soweit ersichtlich, noch nicht vorgekommen. Deshalb muß diese Frage hier offenbleiben.

Zusammenfassung:

Kampfhilfeverträge verletzen keinesfalls die vertragsimmanente Friedensverpflichtung eines Tarifvertrages. Eine erweiterte Friedenspflicht mit einem Kampfhilfeverbot wäre möglicherweise wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG unwirksam.

Untersuchungsergebnis

1. Streikhilfeabkommen werden nicht vom Kartellverbot des § 1 GWB erfaßt, da sie der ungestörten wettbewerblichen Leistungssteigerung dienen.

2. Grenzüberschreitende Streikhilfeabkommen wären innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 85 Abs. 1 EWGV nichtig.

3. Streikhilfeabkommen können gegen das Paritätsgebot des kollektiven Arbeitsrechts verstoßen, sofern die Arbeitnehmerseite keine Gelegenheit zu rechtzeitigen Gegenmaßnahmen erhält. Deshalb sind sie nicht mehr paritätswidrig, wenn sie den Arbeitnehmerorganisationen vor Kampferöffnung mitgeteilt werden.

4. Kampfhilfeverträge verstoßen je nach dem Umfang ihrer Hilfsverpflichtung gegen das arbeitskampfrechtliche Obermaßverbot, weil sie im Einzelfall auch zu einer unverhältnismäßig ausgeweiteten Kampfbeteiligung verpflichten. Sie sind nur dann in vollem Umfang mit dem Obermaßverbot vereinbar, wenn sie auf Hilfeleistungen in den räumlichen Grenzen der §§ 2 bis 4 NeutrAO beschränkt sind.

5. a. Gegen die tarifvertragliche Friedenspflicht verstoßen Kampfhilfeleistungen nicht, auch wenn sie im Arbeitskampf anderer Tarifpartner als Kampfmittel wirken. Denn die Friedenspflicht schützt nur die tarifvertraglichen Beziehungen zwischen dem helfenden Unternehmen und seinen Arbeitnehmern.

5. b. Denkbar wäre eine tarifvertraglich erweiterte Friedenspflicht, die Kampfhilfe ausdrücklich ausschlösse. Solche Tarifvertragsbestimmungen sind bisher jedoch noch nicht aufgetreten. Möglicherweise sind sie wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig, weil sie Kampfhilfebeziehungen als Vorstadium neuer Koalitionsbildung verhindern.

Nach deutschem Wettbewerbsrecht sind Kampfhilfeabkommen zulässig, nach den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts, aber zum Teil unzulässig. Demnach widersprechen sich arbeits- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht, denn die Hilfsabkommen sind auch nach Wettbewerbsrecht nicht geboten, sondern nur erwünscht. Eine Harmonisierung unterschiedlicher Rechtsanwendungsergebnisse oder gar einander widersprechender Rechtsgrundsätze verschiedener Rechtsgebiete ist also nicht nötig.

Soweit Kampfhilfeverträge mit dem heute gebräuchlichen Inhalt gegen kollektivarbeitsrechtliche Grundsätze verstoßen, können sie den arbeitsrechtlichen Gültigkeitserfordernissen angepaßt werden.

A N H A N G

Muster eines Kampfhilfevertrages mit den nach dieser Untersuchung erforderlichen Bestandteilen

Hilfevereinbarung

Die unterzeichneten Firmen schließen für Arbeitskämpfe folgendes Solidaritätsabkommen:

§ 1

Die Vertragsparteien verpflichten sich zu Hilfeleistungen und solidarischem Verhalten in folgenden Arbeitskämpfen:

a. wenn der Arbeitskampf um Arbeitsbedingungen geführt wird, die für die Vertragsparteien gleichermaßen gegolten haben, auf sie angewandt worden sind oder nach dem Arbeitskampf für sie gelten oder auf sie angewandt werden würden

b. wenn zumindest ein Betrieb beider Vertragsparteien in den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages fällt oder

c. wenn zumindest je ein Betrieb beider Vertragspartner in den fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages fällt und im Tarifbezirk des nicht unmittelbar am Konflikt beteiligten Vertragspartners nach Art und Umfang gleiche Tarifbedingungen gefordert worden sind und durchgesetzt werden sollen.

§ 2

Die Vertragspartner vereinbaren für Arbeitskämpfe folgende Unterstützungshandlungen: *)

1. Hilfeleistungen in folgenden Bereichen (Lieferhilfe)
   - Beschaffung
   - Produktion
   - Vertrieb

2. Unterlassen konkurrierender Tätigkeit (Kundenschutz)
   - gegenüber Stammkunden des Vertragspartners
   - gegenüber Angeboten, die der Vertragspartner vor Beginn des Arbeitskampfes angegeben hat
   - durch erhöhte Leistungen an gemeinsame Kunden

3. Nichteinstellung oder Abwerbung von Arbeitnehmern, freien Mitarbeitern oder ständig kooperierenden Unternehmen des Vertragspartners aus der Zeit zu Beginn des Arbeitskampfes

Die Vertragsparteien verzichten auf jede Ausnutzung arbeitskampfbedingter Notlagen einer Partei und verpflichten sich, durch Hilfeleistungen und solidarisches Verhalten bei Arbeitskämpfen alles zu tun, was den Vertragspartner im Arbeitskampf stärkt.

§ 3

Zur Durchführung der Hilfevereinbarung wird ein Ausführungsvertrag geschlossen, der die Unterstützungs- und Solidaritätspflichten konkretisiert.

---

*) Werden nach Bedarf variiert

§ 4

Die Hilfs- und Solidaritätspflichten aus diesem Vertrag bestehen nur für die Dauer unmittelbarer Beteiligung eines der Vertragspartner an einem Arbeitskampf sowie sachlich und zeitlich für Folgeschäden dieses Arbeitskampfes, die für das unterstützte Unternehmen unvermeidbar waren.

§ 5 *)

Die Hilfs- und Solidaritätspflichten aus diesem Vertrag enden, sobald sie das unterstützende Unternehmen ebenso belasten, wie eine unmittelbare Beteiligung an dem Arbeitskampf.

§ 6

(Schiedsgerichtsklausel)

§ 7

(Kündigungsklausel)

*) Diese Zumutbarkeitsgrenze ist variabel

L e b e n s l a u f

Am 17. Mai 1950 wurde ich in Braunschweig geboren. Meine Eltern sind der Keramikingenieur Carl Loos und seine Ehefrau Annesofie, geborene Tamm. Von 1956 bis 1960 besuchte ich in Wellie - heute Steyerberg - im Landkreis Nienburg/Weser die Grundschule und daran anschließend ein neusprachlich naturwissenschaftliches Gymnasium in Nienburg/Weser bis zur Reifeprüfung am 10. Juni 1968.

Zum Wintersemester 1968/69 begann ich in Marburg an der Philipps-Universität mein rechtswissenschaftliches Studium, das ich bis auf zwei Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster im Jahre 1970 in Marburg durchführte und dort am 15. Juni 1973 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Meine akademischen Lehrer waren vor allem die Professoren Volker Beuthien, H.-Wilhelm Kötter, Rudolf Reinhardt und Harry Westermann.

Vom September 1973 bis Juni 1977 stand ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen. Die Referendarzeit wurde durch achtzehnmonatigen Wehrdienst unterbrochen, den ich als Leutnant der Reserve abschloß.

Am 25. November 1977 legte ich in Marburg die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seitdem war ich als Rechtsanwalt zunächst in Kassel und ab Oktober 1978 in Düsseldorf tätig.

Offsetdruck
GmbH & Co. KG

M. SCHADEL

86 Bamberg Hohe-Kreuz Str 9b

Tel. 0951/54414 + 58481